

## Tratamento Discriminatório do Direito Penal à Violência de Gênero

### 1. Introdução: desvalorização do gênero feminino e conquistas de direitos.

Ao longo da história, a mulher tem sido vítima de diferenciações desfavoráveis que, desvinculadas das variações naturais entre os sexos, são responsáveis pela restrição de seu papel na sociedade. Tais diferenciações implicam, muitas vezes, na negação de sua autonomia, liberdade de escolha, e desvalorização de sua força de trabalho e pensamento.

Na filosofia são comuns as ocasiões em que a figura da mulher foi analisada sob prisma de inferioridade; desde Platão, que escreveu em “As Leis” que a natureza da mulher é inferior à do homem na sua capacidade para a virtude, até Nietzsche que, em “Além do Bem do Mal”, afirmava que, se a mulher fosse uma criatura pensante, teria descoberto há milhares de anos os maiores fenômenos fisiológicos e teria sido capaz de ter obtido o monopólio da medicina.

Na imprensa, bastante se tentou, inclusive em tempos não muito remotos, justificar a restrição da mulher ao acesso a oportunidades de trabalho e a direitos, a partir de diferenças biológicas entre os sexos, que, por si, não se sustentam. Na década de 1940, por exemplo, ainda era fácil encontrar em revistas e jornais afirmativas em tal sentido:

“O objetivo das restrições ao trabalho das mulheres é conservar a sua constituição física e desempenhar, com eficiência, a sua função natural na família, permanecendo mais tempo em seu lar” (Cultura Política, 09/1942:37 apud OSTOS, 2012: 329 p. 313-343).

A primeira moderna declaração de direitos se chamou “Declaração dos Direitos do **Homem** e do Cidadão” (grifo nosso), e afastou as mulheres de suas normativas, enquanto sujeitos de direito. Olympe de Gouges, conhecida posteriormente como primeira feminista da história, propôs que se enfatizasse a Declaração dos Direitos da Mulher, o que foi vetado, com a manifestação dos deputados da Assembleia de que “A Revolução francesa é uma revolução de homens. Não podemos conceder os Direitos da Mulher porque hoje foi o dia em que nasceram os direitos do homem” (MURARO, 2000: 128)

Quando o Direito se volta para o feminino, o faz de maneira a agredi-lo, pautando-se por características negativas socialmente atribuídas às mulheres.

“O feminino é, em geral, irrelevante (inexistente), sendo denotado pelo masculino *tanquam corpus a capite sua*. Porém, quando a imagem da sua particular natureza o faz irromper no direito, o próprio direito explicita os traços da sua pré-compreensão da

mulher, traços que o próprio saber jurídico amplifica e projecta socialmente em instituições, regras, brocardos e exemplos - **fraqueza, debilidade intelectual, olvido, indignidade**”. (HESPANHA, Manuel, 1994. pp. 53-64- grifo nosso).

Até a década de 60, a legislação, na maioria dos países ocidentais, previa menos direitos às mulheres. A Constituição da República de Portugal vigente até 1976, por exemplo, ao falar do direito à igualdade e estabelecer a proibição a privilégios, ressaltava as mulheres, em virtude “das diferenças resultantes de sua natureza e do bem da família”. O voto feminino no Brasil somente passou a ser permitido em 1932, pelo Decreto n. 21.076/32 (Código Eleitoral), não sendo, porém, obrigatório. Apenas em 1946 é que o voto feminino passou a ser obrigatório, como já era aos homens.

Após 1960 até o final do século XX, a legislação passa a reconhecer a igualdade formal entre homens e mulheres. Em 1962, no Brasil, a mulher casada passa a exercer plena capacidade civil (Lei 4121, de 27 de agosto de 1962), mas a igualdade de direitos entre homens e mulheres somente é declarada pela Constituição da República de 1988, que elimina as discriminações legais existentes contra as mulheres.

No século XXI, a legislação passa finalmente a ter previsão de proteção especial a direitos humanos de mulheres, enquanto ações afirmativas- as quais interessam nesse artigo especialmente quando afetas ao Direito Penal.

## **2. Tratamento Discriminatório do Direito Penal à Violência de Gênero.**

### **2.1. Legitimação da Violência Contra a Mulher.**

O tratamento voltado às mulheres pela legislação mencionada acabou por realçar: *a)* subordinação feminina como dever legal; *b)* fortalecimento do sentimento de posse masculino a partir de respaldo da lei; *c)* desobediência da mulher às ordens e domínio do marido como infringência à lei; *d)* Direitos humanos de mulheres (autonomia, dignidade sexual, entre outros) ainda não compreendidos como bens jurídicos dignos de proteção.

E o resultado é a facilidade para se justificar a violência contra a mulher:

“Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assim a ela como o adúltero- Código Filipino”- (ARAUJO, 1997:59).

Na condição de subordinada, a mulher chegava a ser tida por instrumento de posse do homem, que contra ela poderia inclusive usar de força para a realização de atos contra sua vontade:

“A mulher casada, segundo Viveiros de Castro, não poderia prestar queixa em juízo contra o marido, pois ‘qualquer que tenha sido a resistência da mulher, qualquer que sejam os meios empregados pelo marido para vencer a resistência, não houve crime e sim o exercício de um direito’”. (DIAS, 2017:280).

O que se vislumbra é que o Direito Penal, idealizado e aplicado por homens por muitos séculos, não assumiu a proteção da mulher.

## **2.2 Necessidade de aprimoramento legislativo como ação afirmativa.**

A necessidade de aprimoramento da legislação penal em proteção a direitos humanos de mulheres já era compromisso avençado pelo Brasil quando ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará de 1994 (artigos 7º e 8º) - Decreto n. 1.973/1996 -, e a Convenção para Eliminação de todas as Formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) - (art. 24 da Recomendação n. 19) - Decreto n. 4.316/2002. Então, algumas ações começaram a ser adotadas no sentido de se voltarem as normas para a realidade da mulher e o reconhecimento de sua dignidade.

Em 2005 foi revogada a extinção da punibilidade por casamento da ofendida com o agressor ou terceiro, nos crimes sexuais. Por imposição de Recomendação da OEA ao Brasil, em 2006, surge a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), tratando especificamente da violência doméstica e familiar, comprovada, por dados oriundos da Saúde, a maior causa de mortes violentas femininas em todo o mundo. No ano de 2009, a Lei n. 12.015/2009 alterou o nome do bem jurídico afetado nos crimes sexuais, que, antes “Crimes contra os Costumes”, passaram a ser chamados “Crimes contra a Dignidade Sexual”. E especificamente quanto à conduta homicida por razões de gênero, surge somente em 2015 a Lei 13.104, que trata do novo crime de Feminicídio.

## **2.3- Permanência do Tratamento Discriminatório no âmbito da Segurança Pública e do Poder Judiciário.**

Ainda que a última década tenha sido marcada por inovadoras leis que buscam coibir e prevenir da violência de gênero, evidencia-se que o Direito Penal deixa de tutelar direitos humanos de mulheres, no momento da aplicação de tais leis aos casos concretos.

Vale ressaltar que, por não aceitação dos operadores do Direito, a Lei Maria da Penha teve sua existência e validade contestadas no Sistema de Justiça brasileiro logo após um ano de vigência, sob argumentos que ultrapassam o contexto jurídico e adentram elementos dos estudos de gênero. Na

Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 19, o STF decidiu que haveria compatibilidade dessa legislação especialmente protetiva com a Constituição da República de 1988:

A ineficiência seletiva do sistema judicial brasileiro, em relação à violência doméstica, foi tida como **evidência de tratamento discriminatório para com a violência de gênero**. Sinaliza mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, de tão comum e aceita, se tornou invisível – ‘em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher’, pacto de silêncio para o qual a mulher contribui, seja pela vergonha, seja pelo medo.- ADC 19, STF, Min. Rosa Weber (grifo nosso).

Quando não optam por sua não aplicação, alguns julgados fundamentam absolvições de crimes de violência doméstica e familiar por razões socialmente ainda aceitas que trazem a culpa da violência à vítima. Nesse sentido, exemplifica-se decisão judicial amplamente divulgada pela mídia brasileira, em que o genitor foi absolvido após espancar sua filha de 13 anos com um fio elétrico, pois ela perdeu sua virgindade com o namorado<sup>1</sup>.

Também quanto aos crimes sexuais, ainda na última década, constatou-se tratamento discriminatório da jurisprudência, ao culpabilizar as vítimas como fundamentos para eventuais absolvições. Para a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a presunção de violência no crime de estupro teria caráter relativo e poderia ser afastada diante da realidade concreta. Segundo a ministra Maria Thereza de Assis Moura, não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado no caso, a liberdade sexual. Isso porque as menores a que se referia o processo julgado se prostituíam havia tempos quando do suposto crime<sup>2</sup>. Felizmente, trata-se de posição superada pela Sumula 593 do STJ, editada ao final do ano de 2017.

Também com relação ao crime de feminicídio, vê-se tratamento discriminatório por agentes do âmbito da Segurança Pública, desde o momento de seu registro, quando optam por contabilizar o caso como homicídio simples ou qualificado por outra motivação. Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2017, houve 4539 homicídios de mulheres no Brasil e 1.133 feminicídios. Contudo, da análise de outras pesquisas, em especial aquelas que tomam por base dados

---

<sup>1</sup>Ação Penal n. Autos 0006529-86.2016.8.26.0224, em tramitação na Vara de Violência Doméstica e Familiar, em Guarulhos/SP.

<sup>2</sup>Nota da Imprensa do STJ, 27 de março de 2012- processo em segredo de justiça- grifo nosso.

da saúde (Mapa da Violência 2015<sup>3</sup>; Atlas da Violência 2016<sup>4</sup>; Atlas da Violência 2018<sup>5</sup>), evidencia-se muito maior o percentual de mulheres mortas em circunstâncias que denotam violência de gênero, saltando aos olhos que tais números, na Segurança Pública, não condizem com a realidade.

## **2.4. Lacunas legislativas restantes na proteção à mulher**

Apesar dos inúmeros avanços legislativos constatados, algumas condutas comumente praticadas contra a mulher, por razões de gênero, até muito recentemente (final do ano de 2018), não eram punidas criminalmente. Outras permanecem invisíveis para o Direito Penal. Nesse trabalho, destacamos três exemplos.

### **2.4.1. Invasão de Dispositivo Informático – art. 154-A do Código Penal e lacuna da pornografia de vingança.**

O art. 154-A do Código Penal, criado como resposta à violência de gênero sofrida pela atriz Carolina Dieckmann, que teve seu computador invadido e imagens íntimas espalhadas por redes sociais, também se destaca como comum violação de intimidade. Porém, condutas semelhantes, mas que pressupõem consenso da vítima na cessão de registro da imagem íntima, situavam-se em uma lamentável lacuna legislativa. Os chamados “revenge porn” (pornografia de vingança) somente se tornaram crime a partir do último mês de setembro do ano passado, com o advento da recentíssima Lei 13.718/2018.

### **2.4.2. “Abuso” sexual.**

Convém ser destacado um dos julgamentos mais importantes da atualidade<sup>6</sup>, quando se está a falar da necessidade de incremento da proteção de vítimas de violência de gênero no país. Em 30 de agosto de 2017, na cidade de São Paulo, um juiz relaxou a prisão de homem que, um dia antes, havia ejaculado no pescoço de mulher que se utilizava do transporte público da cidade, vez que aquele ato não estaria enquadrado como estupro e sim como a contravenção penal de importunação ofensiva

---

<sup>3</sup> Disponível em [https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\_2015\_mulheres.pdf]. Acessado em 28/08/2018

<sup>4</sup> Disponível em [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\_institucional/180604\_atlas\_da\_violencia\_2018.pdf]. Acessado em 28/08/2018.

<sup>5</sup> Disponível em [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\_institucional/180604\_atlas\_da\_violencia\_2018.pdf]. Acessado em 28/08/2018.

<sup>6</sup> Autos de prisão em flagrante n. 0076565-59.2017.8.26.0050, noticado em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/ejaculacao-em-onibus-nao-configura-estupro-afirma-juiz> (20 de março de 2018).

ao pudor (antigo art. 61 do Decreto Lei 3688/41.), cuja pena era multa de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Com a ausência de punição, o mesmo autor, após alguns dias, novamente esfregou seu pênis em outra mulher que se utilizava do transporte público. Assim como a referida decisão, várias outras se encaminhavam no mesmo sentido, em tribunais de todo o país, pois, em não havendo previsão legislativa diversa, restava ao Poder Judiciário a árdua tarefa de decidir se a violência sexual sem violência ou grave ameaça seria enquadrada como estupro (crime gravíssimo com pena de 6 a 12 anos de reclusão, considerado hediondo) ou como a risível figura da contravenção penal citada. Somente a partir do último mês de setembro do ano passado, com o advento da recentíssima Lei 13.718/2018, a referida conduta começou a ser enquadrada como o crime intermediário de importunação sexual (novo Art. 215-A do Código Penal).

#### **2.4.3- *Stalking***

Conduta comum de violência de gênero é aquela praticada em forma de intrusão indesejada e continuada de uma pessoa na vida de outra, criando na vítima sensação de perda do controle de seu espaço privado. Não se resumindo à perseguição em si, pode se materializar com o envio insistente de flores, presentes ou ligações. Trata-se do comportamento classificado como *stalking*, ainda não tipificado na legislação penal. Atualmente, a conduta se enquadra como ilícito cível, podendo ser coibida por meio de medidas protetivas de urgência.

### **3. Conclusão**

Por séculos, o Direito Penal não se preocupou em tutelar direitos humanos de mulheres, e, pelo contrário, estabeleceu possibilidades de sua exclusão em atos violentos que se fundamentassem no regular exercício de direitos masculinos (direito de correção de pais e maridos, deveres de subordinação de filhas e esposas). Os atos criminosos de violência doméstica e familiar, anteriormente à LMP, eram vistos como de menor importância, muitas vezes um irrelevante penal e algo a ser resolvido “entre quatro paredes”. Invisível ao Direito Penal, dificilmente seriam implementadas políticas públicas para prevenção de tais delitos.

Contudo, já se desenha atenta crítica social que deve ser feita a um Direito de matriz masculina e que se olvidou, em meio a tantas evoluções, de aspectos relacionados eminentemente às violações de direitos humanos de mulheres.

A par da mudança de cenário no aspecto da criação de novas figuras típicas que nominam e permitem visibilidade de uma criminalidade que afeta especialmente mulheres, resta ainda o desafio

de uma constante formação dos operadores do Direito, para que, em diálogo constante com Estudos de Gênero, compreendam os novos tipos penais (Lei Maria da Penha, Feminicídio, entre outros) como necessárias ações afirmativas; verdadeiramente apliquem as novas leis; e, ainda, sem nova reprodução de discriminação de gênero baseada principalmente em culpabilização da vítima.

#### 4. Referências

AMÂNCIO, Lígia (2003). O gênero no discurso das ciências sociais, *Revista Análises Sociais*, vol. XXXVIII, 2003, pp. 687-714).

ARAUJO, Emanuel (1997). *A arte da sedução: sexualidade feminina na Colônia* in DEL PRIORI, Mary (org.) e PINSKY, Carla (coord. de textos). *História das Mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto/Ed. UESP).

BARATTA, Alessandro (1999). *O Paradigma do Gênero: da Questão Criminal à Questão Humana* in CAMPOS, Carmen Hein (Org.) *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina.

BRASIL. Decreto n. 21.076/32, de 24 de fevereiro. Código Eleitoral. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 26 fev. 1932.

OSTOS, Natasha (2012), "A questão feminina: importância estratégica das mulheres para a regulação da população brasileira (1930-1945)", *Cadernos Pagu*, nº 39, pp. 313-343. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n39/11.pdf> (28 de março de 2018).

DIAS, Rebeca Fernandes (2017). *Criminologia no Brasil: Cultura Jurídica Criminal na Primeira República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

HESPANHA, Manuel (1995) in *O estatuto jurídico da mulher na época da expansão*. In: O rosto feminino na expansão portuguesa. Congresso Internacional, 21-24 nov. 1994. Actas, Lisboa, Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, vol. I, pp. 53-64..

GAZELLE, Catarina (2016). *Estatuto da Mulher Casada: Um marco na conquista dos direitos femininos no Brasil*. Vitória: Bios Editoração Eletrônica.

MURARO, Rose Marie (2000). *O mundo no terceiro milênio: uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro* – 6ª tiragem. – Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. "Convenção de Belém do Pará" (1994) Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral, disponível em <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>- (28 de março de 2018).

PIMENTEL, Sílvia (2006). Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher - CEDAW 1979 In: BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 260p. (Série Documentos)

UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), *CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992*, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/52d920c54.html> (28 de março de 2018).

### **Autoras:**

MARIANA BAZZO- Promotora de Justiça do MPPR, Mestra em Estudos sobre Mulheres pela Universidade Aberta de Portugal, foi Coordenadora do Núcleo de Promoção da Igualdade de Gênero do MPPR (2014/2018), é Vice Coordenadora do Movimento Nacional de Mulheres do Ministério Público.

MARIANA DIAS MARIANO- Promotora de Justiça do MPPR, foi Coordenadora do Núcleo de Promoção da Igualdade de Gênero do MPPR (2018), é integrante do Movimento Nacional de Mulheres do Ministério Público.