

A mulher no direito penal brasileiro

1

A mulher no direito penal brasileiro

Mulher na sociedade patriarcal = papel passivo

Solteira: sujeita à vontade do pai

Casada: sujeita à vontade do marido / casamento: homem e mulher passam a constituir “uma só carne” (bíblia)

A unidade é uma característica da família na sociedade patriarcal – uma única vontade

A preocupação do direito era limitar a mulher em sua capacidade civil, no seu poder patrimonial, na sua educação e, de forma geral, no seu poder de decisão.

2

A mulher no direito penal brasileiro

O direito penal se preocupava minimamente com a mulher (sob o ponto de vista de sujeito ativo de crimes), pois elas, como regra, representam o papel de **vítima** – um ser frágil, doméstico, dependente, pouco ou nenhum perigo oferecia ao direito penal – **O papel de cometer crimes cabia ao homem, sujeito ativo, dominador e perigoso** – **À mulher restava a fragilização das vítimas.**

Direito Penal preocupou-se sempre em categorizar a mulher na condição de sujeito passivo dos crimes sexuais → virgem, honesta, prostituta, pública, simplesmente mulher.

3

Ordenações Filipinas (1603 – 1830)

TITULO XVI.

Do que dorme com uma mulher, que anda no Paço, ou entra em casa de alguma pessoa para dormir com mulher virgem, ou viúva honesta, ou escrava branca de guarda.

Todo homem, de qualquer qualidade que seja, que dormir com alguma mulher, que andar em nossa casa, ou casa da Rainha ou do Príncipe, perderá toda a sua fazenda, a metade para a nossa Câmara, e a outra para os cativos.

E haverá as mais penas abaixo declaradas, e as que mais pelas nossas Ordenações e Direito merecer.

E sendo provado que alguma pessoa entrou em casa de outro para dormir com mulher livre que ali estivesse, independentemente da maneira (por vontade da pessoa que se corrompe ou pela força), se o morador da casa for Escudeiro de linhagem ou Cavaleiro, e a pessoa que lhe entrar em casa for peão, seja açoitado e degredado por 5 anos para o Brasil com barão e pregão.

4

Ordenações Filipinas (1603 – 1830)

E se for Escudeiro, ou pessoa em que não caibam açoites, seja degredado com um pregão na audiência por 5 anos para a África.

E se a pessoa, em cuja casa entrou, for de maior qualidade, haverá maior pena de degredo, segundo a qualidade da pessoa.

Tais penas serão aplicadas somente pela entrada para com ela dormir, ainda que não tenha dormido.

E se com ela dormir, sendo **virgem** ou **viúva honesta**, além das penas segundo as diferenças das pessoas, lhe pagará pelo seu casamento, segundo as nossas Ordenações e conteúdo.

E se pela dita maneira entrar para dormir com **escrava branca de guarda**, que esteja porta adentro, haverá as ditas penas independentemente de ter dormido ou não com ela.

E se a pessoa, que pelo sobredito modo entrar na dita casa quiser casar com a mulher com quem queria dormir, e ela também quiser, **e o morador da casa a quem tal ofensa foi feita**, onde entrou, nisso consentir, e lhe perdoar, será relevado de ditas penas.

5

Código Criminal do Império (1830)

CAPITULO II DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA HONRA SECÇÃO I ESTUPRO

Art. 219. Deflorar **mulher virgem**, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

6

Código Criminal do Império (1830)

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer **mulher honesta**.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr **prostituta**.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art. 224. Seduzir mulher **honest**a, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

7

Código Criminal do Império (1830)

SECÇÃO II Rapto

Art. 227. Tirar para fim libidinoso, por meio de affagos e promessas, alguma **mulher virgem, ou reputada tal**, que seja menor de dezasete annos, de casa de seu pai, tutor, curador, ou outra qualquer pessoa, em cujo poder, ou guarda estiver.

Penas - de prisão por um a tres annos, e de dotar a offendida.

Art. 228. Seguindo-se o casamento em qualquer destes casos, não terão lugar as penas.

8

Código Penal da República (1890)

TITULO VIII

Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor

CAPITULO I

DA VIOLENCIA CARNAL

Art. 268. Estuprar **mulher virgem ou não, mas honesta:**

Pena - de prisão cellualar por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for **mulher publica ou prostituta:**

Pena - de prisão cellualar por seis mezes a dous annos.

9

Código Penal da República (1890)

Art. 276. Nos casos de **defloramento**, como nos de **estupro de mulher honesta**, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a **dotar a offendida**.

Parapho unico. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si for maior.

10

Código Penal de 1940

TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Estupro

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Atentado violento ao pudor

Art. 214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão de dois a sete anos.

11

Código Penal de 1940

Posse sexual mediante fraude

Art. 215 – Ter conjunção carnal com **mulher honesta**, mediante fraude:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Atentado ao pudor mediante fraude

Art. 216 – Induzir **mulher honesta**, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão de um a dois anos.

12

Código Penal de 1940

Rapto violento ou mediante fraude

Art. 219 – Raptar **mulher honesta**, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

Rapto consensual

Art. 220 – Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento:

Pena – detenção, de um a três anos.

Diminuição de pena

Art. 221 – É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família.

13

Código Penal de 1940

Extinção da punibilidade

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

VII – pelo **casamento do agente com a vítima**, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

VIII – pelo **casamento da vítima com terceiro**, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;

14

“Mulher honesta”, segundo a doutrina

Nelson Hungria e Romão Lacerda (1947): “A vítima deve ser mulher honesta, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos *bons costumes*. Só deixa de ser mulher honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, (...) ainda que não tenha descido à condição autêntica de prostituta. Desonesta é a mulher *fácil*, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação”

15

“Mulher honesta”, segundo a doutrina

Magalhães Noronha (1969): “A expressão *mulher honesta* repudia a que, embora sem ser meretriz, é fácil prodigalizadora de *seus favores*. Mulher desonesta não é somente a que faz mercancia do corpo. É também a que, por gozo, depravação, espírito de aventura etc., entrega-se a quem a requesta. Não é só o intuito de lucro que infama a posse da fêmea. A conduta da horizontal, muita vez, é digna de comiseração, o que se não dá com a de quem, livre das necessidades, se entrega tão-só pelo gozo, volúpia ou luxúria”.

16

O direito do marido a ter relações sexuais com a mulher, segundo a doutrina

Magalhães Noronha (1969): “As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido”.

17

O direito do marido a ter relações sexuais com a mulher, segundo a doutrina

Nelson Hungria e Romão Lacerda (1959): “Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula *ilícita* (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. (...) O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (...), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito. É bem de ver que solução diversa tem de ser dada no caso em que a mulher se recuse à cópula por achar-se o marido afetado de moléstia venérea. Já aqui, o marido, ao invés de pretender exercer um direito, está incidindo na órbita do ilícito penal (art. 130 do CP)”.

18

Legítima defesa da honra

Direito reconhecido ao homem para defender seu patrimônio moral

Hipótese prevista nas Ordenações Filipinas

Não previsão no Código Criminal do Império

Presente no Código Penal da República (não era considerado crime o homicídio praticado sob um estado total de perturbação dos sentidos e da inteligência)

Inexistente no Código Penal de 1940 (homicídio privilegiado: o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço)

19

Legítima defesa da honra

Jurisprudência: a infidelidade conjugal da mulher era uma afronta aos direitos do marido sobre a mulher, além de insulto ao cônjuge traído.

Direito do marido a *limpar a honra com o sangue da mulher infiel*.

Honra do marido traído = vida da mulher adúltera

20

Legítima defesa da honra

Construção do conceito de “*honra conjugal ou familiar*”

Honra = atributo do casal, e não do indivíduo

“Honra conjugal” pode ser lesionada por qualquer um dos cônjuges

Possibilidade de defesa por qualquer uma das pessoas “desonradas”

21

Legítima defesa da honra

Supervalorização à reputação que se desfruta na sociedade – significado equiparado à própria vida

J. Rodrigues de Meréje: admite-se que o instinto de conservação que anima os homens não diz respeito apenas à vida física, mas também à sua existência moral

A preservação da inviolabilidade da personalidade moral do indivíduo, por parte da proteção do Estado e do Direito, é tão imprescindível como a da sua incolumidade corporal.

22

Legítima defesa da honra

A ofensa à honra mais intensa é a relação adulterina, ações libidinosas ou conjunção carnal com outrem que não o cônjuge – cônjuge tinha **absoluto direito à fidelidade** em relação ao outro

J. Rodrigues de Meréje: *“O marido surpreendido pelo adultério da mulher, no sacrário do seu próprio lar, pode por duplo motivo desforçar-se da injúria, de modo violento”.*

Legítima defesa da honra = verdadeira *defesa social*

23

Legítima defesa da honra

Alargamento do conceito de flagrante – caso contrário não poderia se justificar a conduta na maioria das vezes em que o homem vê-se com o direito de repulsar o cônjuge

Roque de Brito Alves (1958): a maioria dos penalistas usavam o vocábulo “marido” quando se referem ao autor da legítima defesa da honra, e isso se dava porque, na realidade da vida, seria infinitamente maior o número de casos em que a esposa é surpreendida em adultério do que o esposo, sendo mais comum a reação contra a mulher e seu amante.

24

Código Penal – Parte Geral de 1984

CAPÍTULO III DA APLICAÇÃO DA PENA

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao **comportamento da vítima**, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

25

Código Penal – Parte Geral de 1984

Exposição de Motivos

50. As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo, elenco de penas. (...) **Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.**

26

Código Penal – Parte Geral de 1984

Manutenção das causas de extinção da punibilidade do art. 107

27

Constituição Federal de 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

28

“Mulher honesta”, segundo a doutrina

Damásio de Jesus (1999): “Mulher honesta é aquela que se conduz pelos padrões aceitos pela sociedade onde vive. É a que mantém a conduta regrada, honrada e decente, de acordo com os bons costumes. Não se exige, todavia, um comportamento irrepreensível, mormente dentro dos padrões de liberdade sexual predominantes. Pautando-se a mulher pelo mínimo de decência exigido pelos nossos costumes, será honesta”.

29

“Mulher honesta”, segundo a doutrina

Júlio Fabbrini Mirabete (2004): conceito de “mulher honesta” idêntico ao de Nelson Hungria.

Cezar Roberto Bitencourt (2004): o conceito de mulher honesta “deve obedecer aos padrões ético-sociais vigentes na comunidade e revelados pelos costumes”.

30

“Mulher honesta”, segundo a doutrina

Eugenio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2003): “Conceitos como ‘mulher honesta’ (arts. 215 e 219 CP) ou ‘objeto obsceno’ (art. 234 CP) merecem a proclamação de inconstitucionalidade que obrigue o legislador a trabalhar com a responsabilidade republicana”.

31

“Mulher honesta”, segundo a doutrina

Guilherme Nucci (2003): “Seria honesta, atualmente, a mulher que tomasse a iniciativa da conquista e investisse sobre os parceiros, exatamente como faz o homem com relação à mulher? Seria honesta a mulher que apreciasse o sexo, exatamente como sempre se incentivou o homem a fazer, trocando de parceiros várias vezes? Se a resposta for afirmativa, fruto natural da liberdade sexual, não há, de fato, razão para a existência do tipo penal do art. 215, que somente poderia ter em vista proteger exceções. De outra parte, se a resposta for negativa está-se diante de um impasse, pois a interpretação valorativa do termo inserido no tipo penal demonstraria seu descompasso com a realidade”.

32

“Mulher honesta”, segundo a doutrina

Luiza Nagib Eluf (1999): “Com a emancipação feminina, o subjetivismo do conceito ‘honestidade’ do art. 215 do CP tornou-se inadmissível, bem como sua impressionante carga de discriminação à mulher. A noção de honestidade ligada ao comportamento sexual é ultrapassada e ofensiva à dignidade feminina. Trata-se de um conceito que reduz a mulher a objeto sexual sem nenhum outro valor social, pois se assim não fosse, a honestidade feminina seria a mesma da masculina”.

33

O direito do marido a ter relações sexuais com a mulher, segundo a doutrina

Damásio de Jesus (2012): “Para nós, o marido sempre pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a própria esposa. Justificávamos lembrando que, embora com o casamento surja o direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o marido a forçar a mulher ao ato sexual, empregando contra ela a violência física ou moral que caracteriza o delito de estupro. Não fica a mulher, com o casamento, sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações sexuais quando e onde este quiser. Não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato sexual, desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa”. (grifei)

34

O direito do marido a ter relações sexuais com a mulher, segundo a doutrina

Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini (2010): “A melhor solução é a proposta por Celso Delmanto, que entende ocorrer estupro sempre que houver constrangimento do marido para a realização do ato sexual por constituir o fato **abuso de direito**. Isto porque, embora a relação carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita e criminosa a coação para a prática do ato por ser incompatível com a dignidade da mulher e a **respeitabilidade do lar**. Ademais, não estando a mulher obrigada à prática de atos libidinosos que atentam contra a **normalidade das relações entre os cônjuges**, não fica ela, com o casamento, inteiramente à mercê dos caprichos lúbricos do esposo”.

35

Alterações legislativas após CF/88

Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) – Equiparação e aumento das penas do estupro e do atentado violento ao pudor

Lei 11.106/05 – Descriminalizou os crimes de sedução e rapto / Retirou a categoria de “mulher honesta” do CP (pela 1ª vez, desde as Ordenações Filipinas, o direito penal brasileiro deixou de diferenciar as mulheres vítimas de crimes sexuais) / Retirou a extinção da punibilidade pelo casamento nos crimes sexuais

Lei 12.015/09 – Crimes contra os costumes passam ser considerados contra a dignidade sexual / Crimes em que a vítima só poderia ser mulher (ex: estupro) passam a ter, como sujeito passivo, qualquer pessoa.

36

STJ, HC Nº 21.129/BA, 6/8/2002

- A expressão "mulher honesta", como sujeito passivo do crime de posse sexual mediante fraude, deve ser entendida como **a mulher que possui certa dignidade e decência, conservando os valores elementares do pudor**, não sendo necessário, portanto, a abstinência ou o desconhecimento a respeito de prática sexual. **Para que uma mulher seja considerada desonesta, é preciso que seja dedicada à vida sexual por "mera depravação ou interesse"**, o que, a princípio, não é o caso das vítimas.

37

TJAL, A.C. Nº 2009.004096-0, 17/3/2010

- Não há crime de estupro, e por isso não pode o réu ser condenado, se as declarações da vítima conflitam com os depoimentos prestados pelas testemunhas presenciais, se nada foi ouvido que significasse violência e **se a vítima, após passar a noite com o acusado em um motel, é por ele convidada e aceita ir com o mesmo a um clube recreativo, lá permanecendo em sua companhia cantando, bebendo e tomando banho de piscina até o fim da tarde.**
- *Os eventos descritos pela vítima no interior do quarto do motel podem ser perfeitamente debitados ao ônus do ofício das profissionais do sexo, encontrar um cliente sexualmente insaciável (parecer do MP).*

38