

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

ESFERAS PÚBLICAS SEGUNDO NANCY FRASER, FEMINISMO E DIREITO PENAL

PUBLIC SPHERES ACCORDING TO NANCY FRASER, FEMINISM AND CRIMINAL LAW

Michel Wencland Reiss

Resumo

O presente trabalho pretende relacionar a crítica de Nancy Fraser acerca da construção habermasiana de esfera pública, o feminismo e o Direito Penal brasileiro. Após contextualizar a ideia de Fraser e algumas considerações acerca do feminismo, será demonstrado que o Direito Penal adota uma concepção masculina de esfera pública. O tratamento jurídico-penal dado à tutela dos costumes, ao casamento da ofendida como causa de extinção da punibilidade, ao comportamento da vítima como critério de aplicação da pena e ainda ao estupro da mulher pelo marido servirão para ilustrar tal concepção. A análise será feita com base em doutrina, nacional e estrangeira, bem como jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. Por fim, será abordada a necessidade de uma leitura do Direito Penal capaz de por fim à consideração da mulher como propriedade do homem, tendo como referência a efetivação de valores constitucionalmente consagrados, bem como o papel do Judiciário nesse processo.

Palavras-chave: Esfera pública, Feminismo, Direito penal

Abstract/Resumen/Résumé

This study seeks to relate the Nancy Fraser's critique on Habermass construction of the public sphere, feminism and Brazilian Criminal Law. As Frasers thoughts are put into context, and relevant consideration is made about feminism, it will be demonstrated that Criminal Law works under a masculine conception of the public sphere. The legal treatment given to the public morals protection, to the victims wedding as a legal cause of punishment foreclosure, to the victims behavior as sentencing guideline and to marital rape will illustrate such conception. The analysis will be based upon national and foreign doctrine and also the jurisprudence of Brazilian High Courts. In conclusion, it will be demonstrated that a new approach on Criminal Law is desired in order to terminate the consideration of the woman as mans property, using as guidelines fundamental constitutional values. The role of the Judiciary in that matter will also be addressed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public sphere, Feminism, Criminal law

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende relacionar a crítica de Nancy Fraser acerca da construção habermasiana de esfera pública, o feminismo e o Direito Penal brasileiro.

De início, será necessário contextualizar a ideia de Fraser e algumas considerações acerca do feminismo. Essa análise, baseada em estudos estrangeiros e nacionais, busca embasar a constatação que o Direito Penal adota uma concepção masculina de esfera pública.

Isso será demonstrado através do estudo do tratamento jurídico-penal dado à tutela dos “costumes”, ao casamento da ofendida como causa de extinção da punibilidade, ao comportamento da vítima como critério de aplicação da pena e ainda ao estupro da mulher pelo marido.

Por fim, será abordada a necessidade de uma leitura do Direito Penal capaz de por fim à consideração da mulher como propriedade do homem, com base em precedentes jurisprudenciais dos tribunais superiores brasileiros, tendo como referência final a efetivação de valores constitucionalmente consagrados, bem como o papel do Judiciário nesse processo.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ESFERAS PÚBLICAS SEGUNDO NANCY FRASER E O FEMINISMO

Para que seja possível analisar as normas penais ligadas aos chamados “crimes sexuais”, torna-se necessário, num primeiro momento, examinar a ideia de Nancy Fraser acerca da concepção de Habermas sobre esfera pública, e ainda a crítica que apresenta.

A autora parte da construção habermasiana de esfera pública.¹ Afirma ainda que muitas feministas utilizam a expressão “esfera pública” com um sentido menos preciso e útil que Habermas, referindo-se a tudo que está fora da esfera doméstica ou familiar (FRASER, 1992).

Fraser diz que esfera pública, para Habermas, seria um *recurso conceptual* para designar um cenário nas sociedades modernas no qual a participação política se realiza por

¹ Afirma a autora: *Para aquellos que mantenemos un compromiso con el trabajo teórico sobre los límites de la democracia en las sociedades de capitalismo tardío, los trabajos de Jürgen Habermas son un recurso indispensable. Me refiero al concepto de “la esfera pública” elaborado originalmente en su libro de 1962 The Structural Transformation of the Public Sphere, y después reubicado pero nunca abandonado en su trabajo posterior* (FRASER, 1992).

meio do diálogo (1992).² A filósofa americana parte da premissa básica que a ideia de esfera pública é indispensável para a teoria social crítica e para a prática política democrática; apesar de, num segundo momento, afirmar que a elaboração habermasiana não é totalmente satisfatória.³

Fraser menciona a existência de autores que afirmam que Habermas idealizou a esfera pública liberal. Sendo assim, apesar da retórica de publicidade e acessibilidade, a esfera pública oficial sempre foi constituída por algumas *exclusiones significativas* – levando assim a discussão para o feminismo (1992).⁴ A autora questiona quatro premissas tidas como centrais na *concepción burguesa y masculina de la esfera pública, tal como Habermas la describe* (1992). As premissas questionadas são as seguintes:

1. *que sea posible que los interlocutores en una esfera pública pongan a un lado sus diferencias de estatus para deliberar como si fuesen iguales en la sociedad; la premisa, de que la igualdad social no es una condición necesaria para la democracia política.*
2. *que la proliferación de una multiplicidad de públicos competidores es necesariamente un alejamiento de, y no un acercamiento a, una mayor democracia y que una esfera pública única o comprensiva siempre será preferible a un conjunto de públicos múltiples.*
3. *que el discurso en las esferas públicas debe restringirse siempre a la deliberación del bien común y que la presencia de intereses y cuestiones privadas es siempre indeseable.*
4. *que el funcionamiento de una esfera pública democrática requiere una clara separación entre la sociedad civil y el estado.* (FRASER, 1992).

A autora defende que as esferas públicas não podem se limitar a um contexto de formação da opinião discursiva, mas que devem também admitir a formação de identidades sociais. Caso contrário, *la vida pública en las sociedades igualitarias y multiculturales no*

² Continua Fraser tratando do sentido habermasiano de esfera pública: *Es el espacio en el cual los ciudadanos piensan y examinan sus asuntos comunes y por lo tanto es un escenario institucionalizado de interacción discursiva. Este escenario es conceptualmente distinto del estado; es un sitio para la producción y circulación de discursos que en principio pueden ser críticos del Estado. La esfera pública en el sentido de Habermas es también distinta conceptualmente de la economía oficial; no es un escenario de relaciones de mercado sino de relaciones discursivas, un escenario para el debate y la deliberación y no para la compra y venta. Entonces este concepto de la esfera pública nos permite enfocar las distinciones entre aparatos del estado, mercados económicos y asociaciones democráticas. Estas distinciones son centrales a la teoría democrática.* (1992)

³ Basicamente, são as seguintes as críticas de Fraser à concepção habermasiana de esfera pública: *Curiosamente Habermas no llega a desarrollar un modelo nuevo y postburgués de la esfera pública. Además nunca problematiza explícitamente algunas de las premisas más dudosas que sustentan el modelo burgués. En consecuencia, al final de la Transformación Estructural sin una concepción de la esfera pública que sea suficientemente distinta de la concepción burguesa como para atender las necesidades actuales de una teoría crítica.* (1992)

⁴ A autora faz referência expressa a Joan Landes, Maty Ryan e Geoff Eley. Em seguida, afirma que, para Landes, o eixo da exclusão está no gênero, abordando a história francesa. Já Eley afirma que as exclusões de gênero foram relacionadas a outras ligadas a processos de formação de classes, abordando o contexto alemão. Já Ryan trata das várias formas em que mulheres norte-americanas construíram “rotas de acesso a vida pública, apesar de sua exclusão da esfera pública oficial”, falando ainda em “contra-sociedade civil” (FRASER, 1992).

puede consistir exclusivamente en una esfera pública comprensiva; esto sería igual a filtrar diversas normas retóricas y de estilo por un solo lente (FRASER, 1992). Fraser afirma que, caso contrário, o resultado culminaria com o fim do multiculturalismo.

Finalmente, Fraser critica a utilização dos termos “privado” e “público”, concluindo que *una concepción viable de la esfera pública debe aceptar no la exclusión sino la inclusión, de intereses y temas señalados como "privados" por la ideología burguesa y masculinista y tratadas como inadmisibles* (1992).

Avritzer e Costa descrevem a posição de Fraser acerca da esfera pública. Para eles, Fraser defende que

a idéia de uma esfera pública nacional única e abrangente não considera as relações assimétricas de poder que marcam, historicamente, os processos de constituição das esferas públicas contemporâneas. Ou seja, em sua própria formação, a esfera pública apresenta mecanismos de seleção que implicam a definição prévia de quem serão os atores que serão efetivamente ouvidos e quais serão os temas que efetivamente serão tratados como públicos. Nesse contexto, minorias étnicas, grupos discriminados e mulheres são excluídos *a priori* da esfera pública ou merecem nela um lugar subordinado (AVRITZER; COSTA, 2004, p. 711).

É nesse aspecto que se encontra a relação entre o feminismo e o Direito Penal: considerando que as mulheres foram excluídas do contexto que relaciona o público e o privado nas esferas públicas, como expôs Fraser, culminou-se com a criação de normas penais que perpetuam uma cultura discriminatória. Apesar de algumas mudanças legislativas ocorridas nos últimos anos, o Direito Penal tratou a mulher como propriedade e objeto do homem, inclusive do ponto de vista sexual.⁵

Acrescente-se ainda que Fraser, ao tratar do reconhecimento – e sua relação com a redistribuição –, propõe tratá-lo “como uma questão de *status social*”, que ela denomina “*modelo de status*”. Para a autora, “o que exige reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social” (FRASER, 2007, p. 107).⁶

⁵ Vide item 3 deste estudo.

⁶ Itálico no original. No trabalho mencionado, Fraser aborda o conflito das feministas entre redistribuição e reconhecimento, afirmando que há uma relação tensa entre esses dois campos (FRASER, 2007, p. 102). Entretanto, a autora propõe uma conciliação entre eles, eis que não faz sentido optar isoladamente pela moralidade do correto ou pela ética do bem (FRASER, 2007, p. 103). Afirma Fraser: “Nesses alinhamentos usuais, os dois lados concordam que a distribuição pertence à moralidade, o reconhecimento pertence à ética, e ambos nunca se encontrarão. [...] É precisamente essa presunção de incompatibilidade que procuro desafiar” (FRASER, 2007, p. 105). No presente trabalho, ao mencionar a questão do reconhecimento, não se está a ignorar a importância e o papel da distribuição. Abordou-se a questão do reconhecimento apenas para que se obtenha uma relação com o Direito Penal, suas normas e respectivas interpretações, o que ainda será feito neste estudo,

Além disso, sua ideia de paridade de participação também deve ser mencionada, ao defender que “a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir uns com os outros parceiros” (FRASER, 2007, p. 118).

Uma vez mais o ensinamento de Fraser revela o que ocorre com a legislação penal brasileira em termos de “crimes sexuais”. A propósito, sua concepção de paridade de participação tem muito a contribuir na interpretação das normas penais que serão apresentadas *infra*, inclusive quando se examina se realmente foram recepcionadas pela Constituição de 1988. Rabenhorst coloca que o sexo é objeto de regulação, o que é sabido por todos (2010, p. 17). A grande questão é como se dá essa regulação.

Sendo assim, impõe-se relacionar os questionamentos apresentados pelo feminismo e o Direito Penal. Segundo Katharine Bartlet, as feministas colocam questionamentos dos mais variados tendo como referência a mulher. No âmbito do Direito Penal, ela apresenta o seguinte questionamento:

Ellas [as feministas] formulan la pregunta por la mujer en lós casos de violación sexual cuando preguntan por qué la defensa del consentimiento se enfoca en la perspectiva del acusado, y ló que penso “razonablemente” que la mujer queria, antes que em la perspectiva de la mujer, y las intenciones que ella “razonablemente” penso transmitia al acusado (BARTLET, 2011, p. 41).

Obviamente, essa perspectiva demonstra como a posição das mulheres é ignorada pelo Direito Penal.

Por fim, cabe ressaltar que, considerando que as normas penais positivadas priorizam valores masculinos e excluem as mulheres do processo de formação de identidades sociais, torna-se necessária uma postura interpretativa capaz de inserir ideias feministas nas decisões. Rabenhorst afirma que o feminismo, mesmo numa vertente tida como “liberal”, revela uma “prática intelectual ‘crítica’ em relação ao direito”, o que implica na revelação daquilo que está oculto. Afinal, a “cultura jurídica” possui uma “estrutura sexista” (2010, p. 8). Ou seja, a cultura jurídica precisa incorporar em suas decisões os valores feministas, e não eternizar a estrutura sexista, tão patente quando se trata de Direito Penal.

É nesse contexto que Rabenhorst coloca que autoras feministas defendem que o direito não pode ser avesso às questões de sexo e gênero. Isto porque, “malgrado a tentativa

ênfatizando o casamento como causa de extinção da punibilidade nos chamados “crimes sexuais”, entre outros exemplos previstos na legislação penal brasileira.

de se fazer passar por um instrumento neutro, objetivo e assexuado, o direito parece já ter feito previamente uma opção pelos homens” (2010, p. 18).⁷

Para que se incorpore essa postura interpretativa de inclusão dos valores excluídos do Direito Penal, Sáez destaca que o feminismo propõe uma metodologia para que as normas jurídicas sejam consideradas *a la luz de la realidad particular de los afectados por el derecho* (2011, p. 12). É isso que se espera ao se interpretar as normas penais envolvendo crimes com mulheres como vítimas, destacando-se os casos de violência sexual.

Para que se atinja tal intento, é necessário romper a ideia que a palavra feminismo tenha sentido negativo. Tal questão é tratada por Rabenhorst, que afirma: “O que assusta as pessoas é o potencial crítico do feminismo em relação ao que é visto como evidente ou natural, e como tal indiscutível e imodificável” (2010, p. 16).

Portanto, o ponto de partida é fazer com que a cultura patriarcal das normas penais não seja mais vista como “evidente ou natural”, como colocado por Rabenhorst.

3. O DIREITO PENAL E SUA CONCEPÇÃO MASCULINA DE ESFERA PÚBLICA

O presente item pretende demonstrar como o Direito Penal incorpora uma concepção masculina de esfera pública. Isso é facilmente demonstrado quando se recorda qual o bem jurídico a ser protegido, e ainda mencionando algumas normas positivadas e discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

É o que será feito a seguir. Inicialmente, será abordada no que consiste a tutela dos chamados “costumes”, e em seguida serão apresentados alguns exemplos de normas que evidenciam a cultura da mulher como propriedade da homem, especialmente aquelas que preveem o casamento da ofendida como causa de extinção da punibilidade.

3.1. Os “costumes” como bem jurídico protegido

O Código Penal brasileiro é datado de 1940. Trata-se do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro daquele ano, com início de vigência em 1º de janeiro de 1942, conforme previsão contida em seu art. 361 (BRASIL, 1940).⁸

⁷ Continua o autor: “De fato, do ponto de vista histórico, quem era o humano da expressão ‘ser humano?’” (RABENHORST, 2010, p. 19).

⁸ “Art. 361. Este Código entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1942” (BRASIL, 1940).

Em sua redação original, o Título VI da Parte Especial do Código Penal era denominado “Dos crimes contra os costumes” (BRASIL, 1940). Ou seja, o bem jurídico protegido nesta parte do Código Penal é o que se denominou “costumes”. É onde se encontram os chamados “crimes sexuais”, como, *e.g.*, o estupro e os delitos ligados ao aproveitamento da prostituição.

Resta portanto examinar o significado da palavra “costumes” nesse contexto do Código Penal brasileiro. Entretanto, cabe mencionar antes que a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, promoveu algumas alterações no Título VI (BRASIL, 2009). A referida alterou a própria denominação do Título, substituindo a superada expressão “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”.⁹

Entretanto, trata-se apenas de uma atualização na denominação. Isto porque, na sua essência, não houve modificação substancial no que se está efetivamente protegendo: a “moral sexual” da coletividade – que por sua vez possui perspectiva paternalista. Sobre tal definição é o caso de mencionar a posição de Néelson Hungria, tido como o maior penalista do Brasil e principal responsável pela redação original do Código. Afirma o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal que “o vocábulo ‘costumes’ é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais” (HUNGRIA, 1981, p. 93).

A grande questão é como se definem tais hábitos, ou o que estaria adaptado ao convívio e disciplinas sociais. Ao tratar desses valores, assim se expressa Hungria:

Desgraçadamente, porém, nos dias que correm, verifica-se uma espécie de *crise* do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor [...] Mesmo no Brasil, nos grandes centros urbanos, já se observa o repúdio a certos preconceitos de pudicícia, considerados pela *gente nova* como insuportáveis anacronismos. O entranhado sentimento da honra sexual passou a ser coisa de *matutos* [...] Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e *charme*. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais *tropical*, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de *modéstia* permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comparam-se com anedotas e *boutades* picantes, quando não

⁹ Outra alteração de destaque foi o fim do estupro com violência presumida e sua substituição pelo estupro de vulnerável, que passa a ser previsto no art. 217-A. Sobre isso, cf. nota 19. Há outras mudanças, mas não é o caso de abordá-las, eis que ultrapassarim os limites deste trabalho.

chegam a ter a iniciativa delas, escudando-se para tanto inescrupuloso com o argumento de que a mãe Eva não usou *folha de parreira* na boca [...]. Dada essa frouxidão de pudicícia, abre-se a porta à corrupção, e cada vez maior é a frequência das *infelicidades* sexuais (HUNGRIA, 1981, p. 81-83).¹⁰

A ideia de Hungria é, basicamente, colocar uma suposta culpa por eventuais “infelicidades sexuais” na mulher. Ela é a responsável a partir do instante em que não preserva “seu próprio recato”. E é ela quem cede “liberdades excessivas” aos namorados.

A valoração dos costumes apresentada por Hungria foi realizada em meados do século passado. Entretanto, não se está longe dessa visão – seja nas normas positivadas, seja na interpretação que se dá a elas. Mesmo considerando as alterações legislativas promovidos desde 1940, quando o Código foi criado, o seu caráter ideológico não foi modificado. Como dito *supra*, houve apenas uma mudança na denominação do Título VI, mas que revela apenas certa atualização, e não uma modificação na essência.

Sendo assim, fica mantida a cultura, não só social, mas também jurídica, de luta contra “infelicidades sexuais”, nos dizeres de Hungria. E o que é ainda pior: a mulher é colocada como culpada das violações aos padrões sexuais que devem ser mantidos.

Ou seja, quando se consideram os “costumes” como bem jurídico a ser protegido é possível perceber que nem todos os sujeitos envolvidos fizeram parte formação da opinião discursiva, e especialmente da formação de identidades sociais nessa esfera pública. As mulheres foram excluídas da discussão acerca do bem jurídico a ser protegido – dentre várias outras discussões –, o que acaba por gerar a visão exposta por Hungria. E, como já foi mencionado, o fato de desde 2009 a proteção recair na dignidade sexual, e não mais nos costumes, não altera esse quadro. A mudança foi basicamente formal, e não uma modificação efetivamente substancial.

3.2. O casamento como causa de extinção da punibilidade

O principal exemplo que revela como as mulheres foram sumariamente excluídas da esfera pública no âmbito penal está na previsão do casamento como causa de extinção da punibilidade nos crimes sexuais.

¹⁰ Os itálicos constam do original.

Em sua redação original, o art. 108 do Código fez previsão das chamadas causas de extinção da punibilidade (BRASIL, 1940). Em tais hipóteses, ainda que esteja configurada a prática do crime, o Estado perde sua atribuição de punir.¹¹

No que interessa ao presente estudo, cabe destacar a hipótese prevista originalmente no inciso VIII do mencionado artigo, que assim dispunha:

Art. 108. Extingue-se a punibilidade:
VIII – pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos no Capítulo I, II e III do Título VI da Parte Especial¹²; (BRASIL, 1940)¹³

Alguns aspectos de tal norma devem ser destacados. O benefício é aplicado independente da idade da vítima por ocasião do crime. Além disso, a extinção da punibilidade ocorre mesmo que o fato criminoso seja praticado mediante a utilização de violência ou grave ameaça – como ocorre nos casos de estupro.

Portanto, a lei coloca a mulher como efetiva propriedade do homem, que tem seu crime simplesmente perdoado caso se case com a vítima. Por mais que o casamento exija uma declaração de vontade livre, não se pode ignorar a realidade brasileira. Certamente muitos casos acabaram impunes em razão da norma em questão. Não é viável, do ponto de vista pragmático, verificar se o ato de vontade da mulher teria sido efetivamente livre, e não “arranjado” ou até mesmo forçado.

Ainda nesse contexto, tem-se que os crimes previstos no Capítulo I, II e III eram procedidos mediante ação penal de iniciativa privada, conforme previsão do art. 225 do Código Penal, em sua redação original (BRASIL, 1940). Ou seja, as punições dependiam da vítima viabilizar o oferecimento da queixa. Somente nos casos de vítima ou pais pobres que se admitia ação de iniciativa pública, mas condicionada à representação da vítima ou de seu

¹¹ Leciona Paulo José da Costa Júnior acerca da extinção da punibilidade: “A punibilidade é consequência do crime, não podendo ser considerada um seu elemento, como pretendeu Giulio Battaglini. Elemento é uma condição necessária à existência de todo um fenômeno, sendo, portanto, algo que o precede. A punibilidade, ao contrário, é um *posterius* com relação ao crime, do qual se origina. Praticada a ação delituosa, surge o direito subjetivo do Estado de impor a sanção ao infrator, direito que se expressa na chamada pretensão punitiva. Existem, contudo, situações previstas em lei que extinguem a pretensão punitiva, impedindo a *persecutio criminis* ou cancelando a condenação imposta” (2008, p. 269).

¹² Tais Capítulos, na redação original do Código, previam os seguintes crimes: estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto violento ou mediante fraude.

¹³ Apenas a título de registro histórico, é o caso de mencionar o relato de Noronha: “Foi o direito canônico que realçou o princípio da extinção da punibilidade pelo casamento, princípio que, de maneira geral, foi abraçado pelas legislações pretéritas. Entre nós, nas Ordenações do Livro V (Título XVI, § 3º) encontramos o matrimônio relevando o réu da pena imposta. O Código do Império consagrou a extinção da pena pelo casamento posterior, como se poderá verificar dos arts. 219, 225 e 228. Também o fez a Consolidação no art. 276, parágrafo único” (2002, p. 206).

representante. Ou seja, ainda assim se dependia da vontade da ofendida. Portanto, é ainda mais evidente a impertinência do mencionado art. 108, VIII, do Código Penal. Isto porque a punição já dependia de um ato de vontade da mulher.¹⁴ Ainda assim se fez questão de prever a causa de extinção da punibilidade. Portanto, a ideia da referida norma é reforçar que a mulher está para o Direito Penal como propriedade do homem.¹⁵

Em 1977 surge a primeira alteração no art. 108 do Código Penal, promovida pela Lei n. 6.416 (BRASIL, 1977).¹⁶ Foi alterado o inciso IX do referido artigo, que antes tratava do ressarcimento do dano no peculato culposo. Tal hipótese foi, naquela oportunidade, transferida para o inciso X. Já o inciso IX passou a prever a seguinte causa extintiva de punibilidade: “pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração”. A propósito, Noronha afirma que “o Projeto de Lei que daria origem à Lei n. 6.416 não incluía a inovação, que surgiu de uma emenda proposta pelo senador Henrique de La Rocque” (2002, p. 208).

Aqui está o acréscimo mais censurável de todos. Mesmo já havendo influência da segunda onda do feminismo¹⁷, amplia-se de forma inexplicável a possibilidade de extinção da punibilidade. Agora o benefício se aplica até mesmo se a ofendida casar com terceiro.

Ou seja, o Direito Penal coloca, ainda de forma mais evidenciada, a mulher como propriedade do homem. A “moral sexual” a ser protegida é a seguinte: a partir do instante em que a mulher se casa, não faria sentido punir o agente. Isto porque sua “moral sexual” já estaria reparada, mesmo no casamento com terceiro. A mulher serviria para casar, e nada mais.

A única restrição contida no acréscimo foi a inaplicabilidade da norma nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça – como o estupro e o então vigente atentado violento ao pudor.¹⁸

¹⁴ Pela redação original do mencionado art. 225 do Código Penal, a ação era de iniciativa pública de forma incondicionada apenas quando o crime fosse praticado “com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador”.

¹⁵ Atualmente e como ainda será exposto, não mais subsiste o casamento como causa extintiva de punibilidade. Já o estupro deixou de ser via de regra de ação penal de iniciativa privada, como na redação original do Código, mas sim de iniciativa pública condicionada à representação – que por sua vez pode ser retratada até o oferecimento da denúncia (art. 25 do Código de Processo Penal). Ou seja, ainda que permanecesse a previsão legal do casamento como causa extintiva de punibilidade, seria uma norma impertinente. Isto porque a mulher poderia se retratar da representação, ainda que dentro do limite temporal estabelecido pelo art. 25 do CPP.

¹⁶ A referida Lei é datada de 24 de maio de 1977, e com entrada em vigor na data de sua publicação, ocorrida em 25 de maio de 1977. Dispunha a ementa da Lei: “Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências” (BRASIL, 1977).

¹⁷ Cf. Sáez, 2011, p. 7.

Em 1984 ocorre a mudança mais substancial na legislação penal brasileira desde a codificação de 1940. Trata-se da Lei n. 7.209/84, que reformou a Parte Geral do Código (BRASIL, 1984). O Presidente da Comissão Revisora da Reforma, que culminou com a referida Lei, Francisco de Assis Toledo, chega a afirmar que “a reforma penal, como toda reforma inovadora, quer modificar o que está errado; volta-se para o futuro” (1999, p. 78). Entretanto, foram mantidas as duas causas extintivas de punibilidade envolvendo o casamento da ofendida em crimes sexuais. Houve uma modificação na localização das normas: migraram do art. 108, VIII e IX, para o art. 107, VII e VIII. Outro detalhe alterado é que a hipótese do casamento com terceiro passa a ser excetuado quando ocorrer violência real ou grave ameaça, e não mais violência ou grave ameaça, além de outros pequenos ajustes na redação.¹⁹ Portanto, uma pequena restrição na aplicação do benefício. Perdeu-se uma oportunidade ímpar para se revogar as duas hipóteses em discussão.

O Direito Civil, ao invés de ir contra essa percepção, corrobora ainda mais tal tratamento dado à mulher. Isso porque prevê o Código Civil, em seu art. 1.520 que, “excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez” (BRASIL, 2002). A idade núbil é dezesseis anos, desde que com autorização dos pais. Ou seja, é permitido o casamento antes mesmo dos 16 anos para que se viabilize a aplicação da extinção da punibilidade prevista no Código Penal.

Com a Constituição de 1988, a possibilidade de aplicação das normas se amplia. Isto porque o texto constitucional passa a fazer referência expressa à união estável como entidade familiar.²⁰ A partir do momento em que o Direito Penal admite a analogia em benefício do agente, as duas causas de extinção da punibilidade podem ser aplicadas não só para os casos

¹⁸ A já mencionada Lei n. 12.015/2009 revoga o crime de atentado violento ao pudor, então previsto no art. 214 do Código Penal, e o insere no crime de estupro (art. 213). (BRASIL, 2009) Sendo assim, desde tal alteração, o estupro deixa de contemplar apenas a “conjunção carnal” forçada, mas também “outro ato libidinoso”, nos dizeres do Código. Sendo assim, o sujeito passivo do estupro deixa de ser especificamente a mulher.

¹⁹ O inciso VIII do art. 108 do Código Penal, com a alteração promovida pela reforma da Parte Geral, passou a ter a seguinte redação: “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” (BRASIL, 1984). A especificação da violência real (e não mais apenas violência) tem como consequência a impossibilidade de aplicação da causa extintiva quando se tratar de estupro ou atentado violento ao pudor com violência presumida, prevista no então vigente art. 224 do Código Penal. Tal norma previa uma presunção de violência quando a vítima não fosse maior de quatorze anos; quando tivesse alguma patologia de natureza psíquica que invalidasse seu consentimento; ou ainda quando não pudesse, de qualquer outra forma, oferecer resistência. Como já foi mencionado na nota 9, a reforma ocorrida nos crimes sexuais em 2009 acaba com a violência presumida e cria o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal). (BRASIL, 2009) Enfim: nesse pequeno aspecto a reforma da Parte Geral foi pertinente, eis que a causa extintiva de punibilidade em questão não se justifica em hipótese alguma, mas especialmente quando se tratar dos casos então existentes de violência presumida.

²⁰ Art. 226, § 3º, da Constituição (BRASIL, 1988)

de casamento, mas também de união estável.²¹ Sendo assim, a mulher que tenha sido vítima de crime sexual (exceto se tenha havido violência real ou grave ameaça) e passe a viver em união estável com terceiro, implicará na extinção da punibilidade do agente – salvo se a mulher requerer o prosseguimento da ação no prazo legal.²²

Finalmente surge a Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005 (BRASIL, 2005). Tal Lei promoveu algumas alterações envolvendo os crimes contra os costumes. As principais foram: acaba com a expressão “mulher honesta”, passando a adotar como sujeito passivo apenas “mulher” ou “alguém”, dependendo do crime em questão; transforme o crime de tráfico de mulheres em tráfico internacional de pessoas, alterando a redação do art. 231; cria o crime de tráfico interno de pessoas no art. 231-A; e finalmente revoga as duas causas de extinção da punibilidade aqui tratadas.²³

Mesmo considerando que a revogação ocorreu em 2005, o tema ainda tem manifesta relevância atual. Isto porque a Lei n. 11.106/2005, ao por fim às duas causas de extinção da punibilidade em exame, acaba por dar um tratamento mais desfavorável ao agente. Desse modo, não poderia retroagir em prejuízo do réu, em obediência ao art. 5º, XL, da Constituição. E chega a ser desnecessário dizer que até hoje ainda tramitam no Judiciário casos praticados antes do início da vigência da mencionada Lei.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal, em precedentes de 2008²⁴ e 2010²⁵, aplicou a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com terceiro e com o próprio

²¹ Sobre o tema já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “... *VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO. [...] O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, VIII). Por analogia, poder-se-ia admitir, também, o concubinato da ofendida com terceiro...*” (RHC 79788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 02/05/2000, DJ 17/08/2001). O referido julgado foi mencionado a mero título exemplificativo, apenas para demonstrar a possibilidade de aplicação analógica do art. 107, VII e VIII, do Código Penal, para casos de união estável. Por fim, ainda que não tenha sido este o objetivo na transcrição da ementa acima, não pode passar despercebida a utilização da expressão “vida desregrada da ofendida” pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o Judiciário está tentando rotular com seus valores morais a mulher que foi vítima de crime. A já mencionada concepção masculina de esfera pública se aplica aqui sem qualquer ressalva.

²² Cabe um breve registro acerca do paradigmático julgado do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 (em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132). Com grande atraso, o julgado admite a “união homoafetiva”, nos dizeres do Supremo, como entidade familiar e “segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (trecho da ementa). No que compete ao presente estudo, cabe apenas destacar que, em estrita observância a tal julgado, as hipóteses de extinção da punibilidade em discussão também se aplicam em tais casos. O questionamento aqui feito não recai em tal entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da união homoafetiva, mas sim na previsão legal de extinção de punibilidade quando houver o casamento – e, analogicamente, a união hétero ou homoafetiva.

²³ Do ponto de vista histórico, cabe ainda registrar a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, já mencionada *supra* (BRASIL, 2009).

²⁴ “*HABEAS CORPUS - CRIME CONTRA OS COSTUMES - DELITO DE ESTUPRO PRESUMIDO - CASAMENTO DO AGENTE COM A VÍTIMA - FATO DELITUOSO QUE OCORREU EM MOMENTO ANTERIOR AO DA REVOGAÇÃO, PELA LEI Nº 11.106/2005, DO INCISO VII DO ART. 107 DO CÓDIGO PENAL, QUE DEFINIA O "SUBSEQUENS MATRIMONIUM" COMO CAUSA EXTINTIVA DE*

agente, respectivamente, com base nos revogados incisos VIII e VII do art. 107 do Código Penal. Há ainda outro precedente de 2010 em que o tema da extinção da punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro foi novamente tratado, e a tese não foi acolhida sob o fundamento que o reconhecimento da união estável, que poderia ser aplicada ao caso analogicamente, exigiria análise profunda de matéria fática, o que não seria permitido em *habeas corpus*.²⁶

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há julgados de 2010²⁷ e 2012²⁸ que aplicaram a causa de extinção da punibilidade do casamento da vítima com terceiro. Há ainda

PUNIBILIDADE - "NOVATIO LEGIS IN PEJUS" - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE APLICAR, AO CASO, ESSE NOVO DIPLOMA LEGISLATIVO ("LEX GRAVIOR") - ULTRATIVIDADE, NA ESPÉCIE, DA "LEX MITIOR" (CP, ART. 107, VII, NA REDAÇÃO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 11.106/2005) - NECESSÁRIA APLICABILIDADE DA NORMA PENAL BENÉFICA (QUE POSSUI FORÇA NORMATIVA RESIDUAL) AO FATO DELITUOSO COMETIDO NO PERÍODO DE VIGÊNCIA TEMPORAL DA LEI REVOGADA - EFICÁCIA ULTRATIVA DA "LEX MITIOR", POR EFEITO DO QUE IMPÕE O ART. 5º, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO [...] - INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE PREVISTA NO ART. 107, INCISO VII, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 11.106/2005 ("LEX GRAVIOR") - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. - O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade sobre fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da "lex gravior". A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica - sob cuja égide foi praticado o fato delituoso - deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente. [...] A derrogação do inciso VII do art. 107 do Código Penal não tem - nem pode ter - o efeito de prejudicar, em tema de extinção da punibilidade, aqueles a quem se atribuiu a prática de crime cometido no período abrangido pela norma penal benéfica. A cláusula de extinção da punibilidade, por afetar a pretensão punitiva do Estado, qualifica-se como norma penal de caráter material, aplicando-se, em consequência, quando mais favorável, aos delitos cometidos sob o domínio de sua vigência temporal, ainda que já tenha sido revogada pela superveniente edição de uma "lex gravior", a Lei nº 11.106/2005, no caso." (HC 90140, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/03/2008, DJe-197 de 17/10/2008).

²⁵ "... CRIMES CONTRA OS COSTUMES. CASAMENTO DO AGENTE COM A VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] Crime contra os costumes praticado em data anterior ao advento da Lei 11.106/2005, que revogou o inc. VII do art. 107 do Código Penal, o qual previa, como causa de extinção da punibilidade, o casamento do opressor com a vítima. Ultra-atividade da norma mais benéfica ao réu. [...] Ordem concedida de ofício para declarar a extinção da punibilidade do agente..." (HC 100882, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 25/05/2010, DJe-116 de 25/06/2010).

²⁶ "*HABEAS CORPUS*. [...] APLICAÇÃO RETROATIVA DA CAUSA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PELO CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO. ART. 107, VIII, DO CÓDIGO PENAL. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NA NORMA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVER-SE O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. [...] I - Ausência de comprovação por meios idôneos da alegada união estável da vítima. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelas instâncias inferiores seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório constante dos autos, providência incabível na via do *habeas corpus*. III - Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, a via do *habeas corpus* não admite dilação probatória e pressupõe prova pré-constituída da existência do alegado, o que não ocorre na espécie..." (HC 104408, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-207 de 28/10/2010). A questão relativa à aplicação do benefício para casos de união estável já foi tratada *supra*.

²⁷ "... PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 61 DO CPP. VÍTIMA QUE CASA COM TERCEIRO. CERTIDÃO JUNTADA AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PRAZO DE 60 DIAS. CRIME PRATICADO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA DO REVOGADO INC. VIII DO ART. 107 DO CP, VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA DE OFÍCIO. RECURSO ESPECIAL JULGADO

um julgado de 2013 em que aquele Tribunal Superior chegou a examinar um caso em que a defesa apresentou a mesma alegação, que não foi acolhida sob o fundamento que a matéria não teria sido prequestionada nas instâncias inferiores.²⁹ Entretanto, independente de ser ou não acolhida a tese, tem relevo o fato de até hoje a aplicação das normas penais em discussão ainda chegarem aos tribunais superiores.

Por fim, cabe destacar que a doutrina, apesar de elogiar a revogação do inciso VIII do art. 107 do Código Penal (relativa ao casamento da ofendida com terceiro), tem criticado a revogação do inciso VII (que trata do casamento da ofendida com o agente).

Noronha defende que o casamento deve sim ser causa extintiva de punibilidade, eis que “o criminoso ou terceiro deu à vítima plena satisfação do mal causado, permitindo ela ocupe na sociedade uma posição de compostura e decência, não obstante a falta anterior que participou” (2002, p. 206). Após mencionar que, por outro lado, o casamento como causa de extinção da punibilidade poderia criar um “incitamento aos crimes carnais”, acaba por concluir que “não admitir a extinção seria trancar a porta à reparação mais completa para a vítima” (NORONHA, 2002, p. 206).³⁰

Num primeiro momento Noronha parece elogiar ambas as causas extintivas de punibilidade, ou seja, relativa ao casamento da ofendida com o agente e ainda com terceiro. Tanto é assim que o mencionado autor afirma no trecho já transcrito: “o criminoso ou terceiro deu à vítima plena satisfação do mal causado” (2002, p. 206). Entretanto, logo em seguida passa a criticar o benefício na hipótese de casamento com terceiro.³¹

PREJUDICADO. 1. Ao juiz cabe, em qualquer fase do processo, se reconhecer extinta a punibilidade, declará-la de ofício, conforme reza o artigo 61 do Código de Processo Penal. 2. Comprovado o casamento com terceiro, constatado que o crime não foi praticado com violência ou grave ameaça e não havendo requerimento, em 60 dias, de prosseguimento do feito, deve ser declarada extinta a punibilidade do réu, nos termos do que disciplinava o revogado inciso VIII do artigo 107 do Código Penal. 3. Extinção da punibilidade reconhecida de ofício. 4. Recurso especial julgado prejudicado.” (REsp 915.286/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 17/12/2010.)

²⁸ “HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO CONTRA NETA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DELITO PRATICADO ANTES DA LEI Nº 11.106/05. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. POSTERIOR CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. 1. A promulgação de *novatio legis in pejus* não pode retroagir para prejudicar o réu. 2. Ordem concedida.” (HC 144.917/ES, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 28/05/2012)

²⁹ AgRg no REsp 1110889/SC, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013.

³⁰ Noronha é um autor clássico do Direito Penal brasileiro, e iniciou a publicação de suas obras ainda na década de 1960 do século passado. Faleceu em 1982, e seus livros reeditados após tal data foram atualizados por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. É necessário tal registro para que se contextualize historicamente a posição desse autor acerca do casamento como causa extintiva de punibilidade. Noronha é mencionado neste estudo apenas a título exemplificativo, registrando o posicionamento que prevalecia até a segunda onda do feminismo efetivamente alcançar o Brasil e atingir a doutrina nacional.

³¹ Afirma Noronha: “Não nos parece feliz a orientação adotada pelo novo diploma. Como já afirmávamos em edições anteriores, é notório que essa figura de extinção da punibilidade não condiz com os interesses da

Esta também a posição de Cezar Roberto Bitencourt:

A revogação do inciso VII do art. 107, a nosso juízo, foi equivocada por duas razões fundamentais: a primeira, e mais importante, é que não encerra nenhuma discriminação contra a mulher, que referido diploma legal pretendeu proteger, ao contrário daqueles dispositivos nos quais, acertadamente, foi suprimida ou alterada a locução ‘mulher honesta’; a segunda é que a previsão legal não tem o sentido de discriminar ou recomendar o casamento da vítima com o seu ofensor, como parece ter entendido o legislador; ao contrário, pretendia apenas oportunizar – se sobrevier casamento entre ofensor e vítima – o afastamento de ação penal facilitando o êxito conjugal da nova relação que se inicia. Seria um contrassenso desejar felicidades aos nubentes que iniciam uma nova vida, separados por uma ação penal, com o risco de uma condenação, sem contar que, de regra, tais – excluídas as infrações praticadas com violência – eram de exclusiva iniciativa da ofendida. Essa solução – equivocada para esta hipótese (inciso VII) – parece-nos adequada para a causa seguinte (inciso VIII), isto é, quando o casamento da ofendida celebrar-se com outra pessoa que não seu ofensor. Contudo, a revogação dessas causas extintivas da punibilidade não tem efeito retroativo.

Na concepção da norma revogada, o casamento da vítima, com a conseqüente constituição da família, a livrava da desonra e reparava-lhe o mal causado pela conduta delituosa do agente. Ademais, como se tratava, de regra, de ação privada, a convolação de núpcias entre ofensor e vítima implicava o mais *completo perdão aceito*, além da reparação moral restabeledora do *status quo ante*. Contudo, com o advento da Lei n. 12.015/2009, esse efeito teria desaparecido, com a transformação da ação penal em pública condicionada, nos crimes contra a liberdade sexual ou contra vítima vulnerável (BITENCOURT, 2012, p. 864).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio também se posicionou contra a revogação, ao afirmar em julgado de 2006: “ocorreu, no ano passado, retrocesso normativo ao se alterar o Código Penal para expungir a extinção da punibilidade, em caso de estupro, tendo em vista o casamento”³².

Como já foi dito, os crimes em questão eram procedidos mediante ação penal de iniciativa privada como regra, e atualmente se processam mediante ação penal de iniciativa pública, porém condicionada à representação da ofendida. Sendo assim, há possibilidade de a mulher optar por não representar, ou até mesmo se retratar da representação anteriormente oferecida, desde que antes do oferecimento da denúncia. A existência de norma que extingue a punibilidade pelo casamento tinha como intuito apenas revelar como a mulher deve ser considerada: propriedade do homem, ou ainda “objeto do casamento”.

repressão e da defesa social, pois, quando o próprio agente casa, há presunção de arrependimento e regeneração, tornando-se estranho que, com a responsabilidade estritamente pessoal, como se dá no crime, possa alguém livrar-se das conseqüências de seu delito, pela intervenção de terceira pessoa” (2002, p. 208).

³² Trecho de seu voto proferido por ocasião do julgamento do RE 418376, julgado em 09/02/2006, DJ 23/03/2007. Para mais detalhes acerca de tal precedente, cf. item 4 deste estudo (conclusão).

3.3. O comportamento da vítima como critério da aplicação da pena

As hipóteses de extinção da punibilidade pelo casamento nos “crimes sexuais”, já revogadas mais ainda aplicadas pelos tribunais, são certamente o grande exemplo na legislação penal brasileira que a concepção de esfera pública, no âmbito do Direito Penal, é essencialmente masculina.

Entretanto, há outras normas e discussões que devem ser mencionadas.

Ao tratar dos critérios de aplicação da pena, o Código Penal brasileiro, em seu art. 59, adota como um deles o comportamento da vítima.³³

Nos “crimes sexuais”, com mulheres vítimas, tal circunstância tem sido utilizada para atenuar a pena a ser imposta – como se a mulher fosse a responsável pela prática criminosa, ou ao menos como tivesse de certa forma concorrido para o crime.

Essa é a posição, ainda que não tão expressa, de Mirabete e Fabbrini:

...homossexuais, prostitutas e marginais sofrem maiores riscos de violência diante da psicologia doentia de neuróticos com o falso entendimento de justiça própria. [...] A jovem de menor pudor pode induzir o agente de estupro ou atentado violento ao pudor pelas suas palavras, roupas e atitudes impudentes etc. Tais comportamentos da vítima, embora não justifiquem o crime, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, implicando abrandamento da pena. (MIRABETE; FABBRINI, 2012, p. 287)

Pela posição doutrinária acima transcrita, é a vítima quem induz o agente à prática criminosa. A visão é discriminatória, não somente com as mulheres, mas também com homossexuais, prostitutas e marginais.

A análise acima também tem correspondência no Direito americano. Crenshaw relata a existência de estudos que demonstram que “*os processos movidos por mulheres afro-americanas são os que têm a menor probabilidade de serem levados a sério*” (p. 12-13). E chama ainda a atenção que, quando ocorrem condenações, as penas de estupradores que vitimam mulheres negras são menores do que casos envolvendo mulheres latinas, que por sua vez são menores quando se trata de vítima mulher branca.³⁴ Ou seja, a vítima é tratada praticamente como uma coautora do crime.

³³ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1984).

³⁴ Relata Crenshaw: “Quando os culpados são presos, raramente são condenados e, quando condenados, a punição média do estuprador de uma mulher negra é de dois anos, contra seis anos quando a vítima é uma

3.4. O estupro entre cônjuges

Outro tema que revela a concepção masculina de esfera pública adotada pelo Direito Penal envolve a discussão envolvendo o estupro da esposa pelo marido.

Noronha assim disserta sobre tal temática:

“Questão sempre a considerar é se pode o marido praticar o crime contra a esposa. É admissível o estupro entre cônjuges? As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco 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 se 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 o mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido” (2002, p. 70).³⁵

No Direito Penal brasileiro, apenas recentemente a doutrina passou a defender a caracterização do crime contra a esposa pelo marido sem as ressalvas apontadas pelos autores de meados do século passado.³⁶ Afinal, mostra-se absolutamente desarrazoado invocar a excludente do exercício regular de direito. Isto porque a utilização de grave ameaça, ou até mesmo de violência física para forçar o ato sexual não pode ser tida como lícita.

Ainda acerca de tal temática e no contexto americano, Bartelett relata um caso de 1981 da Corte Suprema de Nova Jersey envolvendo um estupro praticado por marido contra a

mulher latina e dez anos quando a vítima é uma mulher branca” (p. 13). Crenshaw defende a tese da interseccionalidade na discriminação de raça e gênero, afirmando que há uma discriminação específica para mulheres negras – que por sua vez é distinta da discriminação de gênero autonomamente considerada, e ainda da discriminação racial autonomamente considerada.

³⁵ Esta também é a posição de Costa Júnior, 2008, p. 607-608. Nelson Hungria defende uma posição ainda mais extremada: “Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerando réu de estupro, quando, mediante violência, constringe 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 próprio *Codex Juris Canonici* reconhece-o explicitamente (cân. 1.013, § 1º) [...]. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará até mesmo isento da pena correspondente da violência física em si mesma (excluindo o crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o *exercício regular de um direito* (art. 19, nº III). É bem de ver que a solução diversa tem de ser dada no caso de 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 Código Penal)” (HUNGRIA, 1981, p. 114-115). Os vocábulos utilizados por Hungria são reveladores de sua postura discriminatória: a mulher é encarregada da “prestação sexual” ou “prestação corpórea”. Também chama a atenção sua argumentação baseada no direito canônico.

³⁶ Afirma Fernando Capez: “Tal posição [de não caracterização do estupro] não mais prospera. A mulher tem direito à inviolabilidade de seu corpo, de forma que jamais poderão ser empregados meios ilícitos, como a violência ou grave ameaça, para constringê-la à prática de qualquer ato sexual. Embora a relação sexual constitua dever recíproco entre os cônjuges, os meios empregados para sua obtenção são juridicamente inadmissíveis e moralmente reprováveis” (J 2012, p. 33).

esposa (2011, p. 67). Naquela oportunidade, a Corte rejeitou a tese defensiva de “isenção marital”. No julgamento, um dos juízes, em sua decisão, faz uma análise histórica sobre *la fuente de la execión marital de la violación en el Common Law*, e descobriu uma declaração extrajudicial feita pelo jurista inglês Sir Mathew Hale no sentido que o marido não poderia ser punido por estupro contra a esposa (BARTLETT, 2011, p. 68).³⁷ Entretanto, Bartlett relata que a Corte decidiu que deveria proteger *la libertad personal de la mujer*, e não valores já superados como mulher como propriedade do marido ou do pai, conceito de marido e esposa como uma só pessoa e ainda a justificação baseada no consentimento da esposa a ter relações sexuais com o marido (2011, p. 69).

Bartlett menciona que é típico em muitas decisões judiciais que *interpretam* o ordenamento jurídico, referindo-se ao direito americano, com base em considerações históricas e políticas – o que pode acabar por gerar decisões como aquelas que legitimam o estupro de marido contra mulher (2011, p. 70-71).³⁸ Essas “interpretações” também ocorrem no Brasil, como foi acima demonstrado.

As situações acima apresentadas revelam como o Direito Penal, especialmente no Brasil, adota uma concepção masculina de esfera pública, excluindo as mulheres da formação da opinião discursiva e das identidades sociais.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo, num primeiro momento, tratou de apresentar a posição de Nancy Fraser acerca da ideia habermasiana de esfera pública, apresentando em seguida sua crítica. Também foram mencionadas ideias feministas acerca da necessidade de uma posição crítica em relação ao direito, que por sua vez, ao tutelar questões de gênero, revela uma posição discriminatória contra a mulher.

Em seguida, foram apresentados temas ligados ao Direito Penal para que se demonstrasse que tal disciplina jurídica possui uma concepção masculina de esfera pública. A proteção recai no homem, e a mulher é vista como objeto e propriedade daquele, devendo ser

³⁷ A passagem de Sir Mathew Hale citada por Bartlett é a seguinte: *Mas el marido no puede ser culpable de una violación cometida por él mismo sobre su leal esposa; debido a su mutuo consentimiento y contrato matrimonial la esposa há renunciado a sí mesma en esto gesto hacia su marido, gesto del cual no se puede retractar* (BARTLETT, 2011, p. 68).

³⁸ O itálico na palavra “interpretam” consta do original, com a única ressalva que o trabalho se encontra traduzido para o espanhol – ou seja, *interpretan*. Registre-se ainda que Bartlett cita o caso *State v. Smith*, acima mencionado, para que em seguida pudesse tecer suas considerações acerca do método e sua aplicação em decisões judiciais.

“preparada” para o casamento e até mesmo suportar atos de violência do marido para forçar a prática sexual.

É nesse contexto que Rebenhorst coloca que a prática intelectual feminista propõe como desafio que se mire “menos a norma jurídica e mais as relações sociais” (2010, p. 21). Fraser também invoca a ideia de formação de identidades sociais (1992). Tal postura de reconhecimento, especialmente por parte do judiciário, contribuiria na inserção da mulher no diálogo e formação da opinião discursiva da esfera pública envolvendo o Direito e ainda o Direito Penal.³⁹

As relações sociais e a formação de identidades sociais foram ignoradas em interessante caso relatado por Kimberle Crenshaw, em processo movido pela empresa De Graffen Reed contra a General Motors, nos Estados Unidos. O fundamento do caso estava na alegação de discriminação pela recusa em contratar mulheres negras.⁴⁰ Entretanto, relata a autora que o tribunal não compreendeu “*que se tratava de um processo misto de discriminação racial*” (p. 10), e exigiu que se comprovasse que haveria discriminação racial e, num segundo momento, que haveria discriminação de gênero. Entretanto, não foi possível provar a existência de uma discriminação especificamente racial, eis que homens negros eram contratados. Também não foi possível provar a existência de uma discriminação especificamente de gênero, eis que mulheres brancas eram contratadas (p. 10-11).⁴¹

Esta é uma postura que merece ser criticada, eis que afasta do diálogo e da discussão as mulheres negras.

Por outro lado, há um precedente do Supremo Tribunal Federal que deve ser mencionado. Discutia-se um caso em que um homem passou a ter contatos íntimos com uma criança de nove anos de idade. Quando a ofendida estava com onze anos, passaram a manter relações sexuais, e a ofendida acabou engravidando. Não houve violência real ou grave ameaça, mas sim o que a lei tratava como violência presumida.⁴² O agente, depois de algum tempo, abandonou a mulher com quem vivia e passou a viver com a ofendida e o filho. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, em 2006, discutiu se poderia ser aplicada analogicamente

³⁹ Sobre Fraser e reconhecimento, cf. nota 6.

⁴⁰ Como já dito, Crenshaw defende a tese que há um preconceito específico envolvendo mulheres negras. Cf. nota 34.

⁴¹ Segundo Crenshaw, “na General Motors os empregos disponíveis para negros eram basicamente o de postos nas linhas de montagem. Ou seja, funções para homens. E, como ocorre frequentemente, os empregos disponíveis a mulheres eram empregos nos escritórios, em funções como a de secretária. Essas funções não eram consideradas adequadas para as mulheres negras, Assim, devido à segregação racial e de gênero presentes nessas indústrias, não havia oportunidades de emprego para mulheres afro-americanas” (p. 10).

⁴² Acerca da caracterização dos crimes sexuais mediante violência presumida, cf. notas 9 e 19.

a causa de extinção da punibilidade relativa ao casamento da ofendida com o agente, eis que se trataria de um caso de união estável.⁴³

Por maioria, decidiu-se que não se aplicaria o benefício, considerando a “absoluta incapacidade de autodeterminação da vítima”.⁴⁴ O Relator original do recurso foi o Min. Marco Aurélio, que acabou vencido. O acórdão foi relatado pelo Min. Joaquim Barbosa.

Destaca-se negativamente a argumentação invocada pelo Relator originário do recurso, que “inverte” a relação de valores ao invocar a evolução dos costumes para legitimar a união estável e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade. É o que se percebe no seguinte trecho de seu voto:

Quanto ao confronto de valores, cumpre deliberar se o mais importante para o Estado é a preservação da família ou o remédio para a “ferida social” causada pelo insensato intercuro sexual, dada a idade da jovem – situação não de todo surpreendente, visto que, nos dias atuais, a iniciação sexual começa visivelmente mais cedo. Há de pesar na balança, ao se responder essa questão, o excessivo apelo sexual no dia-a-dia das sociedades ocidentais, a influenciar sobremodo o estilo de vida de todos, porquanto permeia sem exceção as relações de consumo. Vende-se sensualidade até nos mais sisudos balcões.

Ou seja, o posicionamento acima transcrito, que felizmente não prevaleceu, tenta parecer vanguardista, mas acaba por legitimar os atos sofridos pela criança desde os seus nove anos. Neste caso, a posição acima está a legitimar o tema abordado neste estudo: a mulher, ainda que criança, como objeto do homem, sem qualquer oportunidade de participar legitimamente da formação da opinião discursiva no âmbito das esferas públicas.

Muito mais inclusiva foi a posição defendida por Eros Grau:

⁴³ Acerca da aplicação da mencionada causa de extinção da punibilidade para união estável por analogia, cf. item 3.2 e notas 20, 21 e 22.

⁴⁴ A ementa do julgado é a seguinte: “PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.” (RE 418376, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2006, DJ 23/03/2007)

Por outro lado, não me impressiono com os argumentos relativos à família, eis que, de acordo com a minha compreensão, família que começa com violência contra uma menina de 9 anos – e aparentemente prossegue com mais violência ainda –, não é, seguramente, a família da qual nasce a sociedade civil e depois se realiza, como supressão, no Estado. Nem ela é, na minha pré-compreensão, a família que deva ser preservada a partir dos valores constitucionais.

Acerca dos “valores constitucionais” mencionados por Grau, o voto do Ministro Gilmar Mendes os incorporou, mencionando expressamente a aplicação do § 8º do art. 226 da Constituição, que fala em “assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram”, e ainda na criação de “mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Também invocou o art. 227 da Constituição, que assegura à criança e ao adolescente, “com absoluta prioridade”, os seguintes direitos pertinentes ao caso em análise: “à vida, à saúde, [...] à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).⁴⁵

Esta leitura do caso, baseada em valores expressamente previstos na Constituição, viabiliza uma inclusão efetiva da mulher na esfera pública pela qual passa o Direito Penal, deixando de legitimar as agressões sexuais em razão de casamento ou união estável.

A propósito, esta é a lição de Katharine Bartlett ao colocar como meta central para o feminismo *el embarcarse, junto a otros, en el proceso, crítico e transformador, de ir más allá de los conocimientos parciales partiendo desde el reconocidamente limitado hábitat propio* (2011, p. 116).⁴⁶ No âmbito do presente estudo, cabe destacar que o Direito Penal não pode prevalecer com seu “conhecimento parcial” ao valorar a mulher como propriedade e objeto do homem. A invocação de valores constitucionalmente consagrados, inclusive por parte do Judiciário, contribuirá para superar a concepção masculina de esfera pública característica do Direito Penal.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

⁴⁵ Trecho transcrito com redação anterior àquela dada pela Emenda Constitucional n. 65/2010, ou seja, como vigorava à época do julgado. A referida emenda, além de incluir a palavra “jovem”, acrescentou outros direitos. A redação da norma passou a ser a seguinte: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 2010).

⁴⁶ Ainda sobre tal questão, cf. MENDONÇA, 2014.

AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. **Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: Concepções e Usos na América Latina**. In DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 47, n. 04, 2004.

BARTLETT, Katharine T. **Métodos Jurídicos Feministas**. In: FERNÁNDEZ, Marisol. MORALES, Félix (Org.). Métodos feministas en el derecho: aproximaciones críticas a la jurisprudência peruana. Lima: Palestra: 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal (Parte Geral)**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. I.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal (Parte Especial)**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. III.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRENSHAW, Kimberle. **A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero**. Disponível em: <http://static.tumblr.com/7symefv/V6vmj45f5/kimberle-crenshaw.pdf> Acesso em 20/07/2015.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética?** In: Lua Nova, n. 70, São Paulo, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf> Acesso em 15/07/2015.

FRASER, Nancy. **Repensando la esfera pública: una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente**. In: HABERMAS Y LA ESFERA PÚBLICA. Cambridge, Massachusetts, London. England: MIT Press, 1992.

HUNGRIA, Néelson. LACERDA, Romão Côrtes de. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. **Do Princípio da Legalidade em Matéria Penal: Uma Possível Opressão Silenciosa**. Direito Penal, Processo Penal e Constituição I. 1ed. Florianópolis: Editora Conpedi, 2014, v. I, p. 102-120.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal (Parte Geral)**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Encontrando a teoria feminista do direito**. In: *Prima Facie*, v. 9, 17 (Julho/Dezembro 2010). João Pessoa: UFPB, 2010.

SÁEZ Macarena. **Presentacion**. In: FERNÁNDEZ, Marisol. MORALES, Félix (Org.). Métodos feministas en el derecho: aproximaciones críticas a la jurisprudência peruana. Lima: Palestra: 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.