

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**MULHERES CONDENADAS POR CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO EM
CONTEXTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA: UM ESTUDO DE CASO CRÍTICO
SOBRE A CULPABILIDADE PELO BOM DESEMPENHO DO “PAPEL DE MÃE”**

RAFAELA NEUMANN ANDRETTI

Rio de Janeiro

2024

RAFAELA NEUMANN ANDRETTI

**MULHERES CONDENADAS POR CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO EM
CONTEXTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA: UM ESTUDO DE CASO CRÍTICO
SOBRE A CULPABILIDADE PELO BOM DESEMPENHO DO “PAPEL DE MÃE”**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da Prof.^a Me. Camilla de Magalhães Gomes.

RIO DE JANEIRO

2024

CIP - Catalogação na Publicação

A561m Andretti, Rafaela Neumann
Andretti, Rafaela Neumann
Mulheres condenadas por crime omissivo impróprio
em contexto de Violência Doméstica: Um estudo de
caso crítico sobre a culpabilidade pelo bom
desempenho do "papel de mãe". / Rafaela Neumann
Andretti. -- Rio de Janeiro, 2024.
66 f.

Orientador: Camilla de Magalhães Gomes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

1. Omissão imprópria . 2. Violência Doméstica .
3. Papéis de gênero . I. Gomes, Camilla de
Magalhães , orient. II. Título.

RAFAELA NEUMANN ANDRETTI

**MULHERES CONDENADAS POR CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO EM
CONTEXTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA: UM ESTUDO DE CASO CRÍTICO
SOBRE A CULPABILIDADE PELO BOM DESEMPENHO DO “PAPEL DE MÃE”**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da Prof.^a Me. Camilla de Magalhães Gomes.

Data da Aprovação: ____/____/_____

Banca Examinadora:

Prof.^a Me. Camilla de Magalhães Gomes — Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2024

AGRADECIMENTOS

Faço um agradecimento, em primeiro lugar, às mulheres que me ajudaram no caminho da minha graduação. À Eliane por acreditar em mim desde o começo. À Dra. Melissa por me mostrar que trabalho bem feito dispensa licenças. À professora Camilla por mostrar que existe outro caminho.

Faço, também, um especial agradecimento à minha mãe e ao meu avô, por me transmitirem o amor pelas palavras. Ao meu pai e minha irmã por me mostrarem a essencialidade da prática, apesar da teoria.

RESUMO

O presente estudo buscou empreender uma análise crítica da Dogmática Jurídica brasileira, a partir de teorias não hegemônicas do Direito Penal, no sentido de compreender a influência que os papéis de gênero operam sobre as decisões judiciais que condenam mães pela vitimização de seus filhos à título de omissão imprópria, quando estão submetidas a um contexto de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Para tanto, utilizou-se um caso concreto de condenação por estupro de vulnerável, nas condições acima referidas. A partir do estudo das teorias analisadas, concluiu-se que as construções sociais do gênero interferiram na forma como os julgadores decidiram, tanto no caso concreto tratado, quanto nas demais situações trazidas. Nesse sentido, o presente trabalho procurou instrumentalizar as teorias críticas, de forma a repensar o estudo da dogmática jurídica para, então, propor novas formas de analisar as normas penais e os casos concretos, minimizando a influência dos papéis de gênero nas decisões judiciais.

Palavras-chave: Omissão imprópria. Violência doméstica. Gênero.

ABSTRACT

The present study sought to undertake a critical analysis of Brazilian legal dogmatics, based on non-hegemonic theories of criminal law, with the purpose of understanding the influence that gender roles operate on judicial decisions that condemn mothers for the victimization of their children for omission, when they are subjected to a context of domestic violence. In that regard, the study proceeded an analysis of a real case of conviction for vulnerable rape, under the above conditions. From the study of the theories analyzed, it was concluded that the social constructions of genre interfered in the way the judges decided, both in the present case and in the other situations the study analyzed. In this sense, the present work sought to instrumentalize critical theories in order to rethink the study of legal dogmatics to, then, propose new ways of analyzing criminal norms and concrete cases, minimizing the influence of gender roles on judicial decisions.

Keywords: Improper omission. Domestic violence. Gender.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. O CASO CONCRETO	10
2. A INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	18
2.1. TEORIA DO DELITO E OMISSÃO IMPRÓPRIA	19
2.2. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE	24
3. ESTUDO CRÍTICO DA CULPABILIDADE	30
3.1. DA CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE	30
3.2. PERSPECTIVA DE GÊNERO NA CULPABILIDADE	35
4. DA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO CONCRETO	42
4.1. CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE APLICADA AO CASO CONCRETO	42
4.2. PERSPECTIVA DE GÊNERO APLICADA AO CASO CONCRETO	47
CONCLUSÕES.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

Este trabalho versará sobre a condenação de mulheres mães, submetidas ao contexto de violência doméstica, à título de omissão imprópria, decorrente da vitimização de seus filhos por seus parceiros. Para tanto, utilizará de um caso concreto, que retrata tal situação, para ilustrar a forma como o judiciário, balizado pela Dogmática Jurídica brasileira, comprehende e soluciona tal problemática. Pretende-se, ainda, no escopo deste estudo, construir uma análise crítica acerca da forma como a Teoria do Delito é instrumentalizada pela dogmática de forma a contribuir com o processo de invisibilização das questões de gênero, raça e classe que permeiam a realidade brasileira. O objetivo do presente trabalho é, portanto, o de entender se os papéis de gênero atribuídos às mulheres mães influenciam na forma como lhes é atribuída a culpabilidade, em casos em que são acusadas à título de omissão em imprópria e, ainda, estão em situação de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Buscará, nesse contexto, compreender as questões extrajurídicas que compõem os votos e decisões, procurando entender se essas pré-concepções acerca do que é “papel da mulher” e de sua “função social de maternidade” influenciam na valoração da gravidade da violência doméstica e familiar quando confrontadas com a exigibilidade de conduta diversa frente a violência que vitima seus filhos.

O estudo acerca das justificações não jurídicas para as decisões dos magistrados é de extrema relevância social pelo fato de a motivação das decisões ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito. É parte imprescindível do direito penal (e do direito como um todo) a segurança jurídica e a certeza dos jurisdicionados quanto aos motivos pelos quais pode ser criminalizado (Batista, 2007).

A tipicidade das condutas é um dos pressupostos da condenação e é, também, basilar no processo penal, uma vez que adentra a circunscrição dos direitos do réu. O gozo da ampla defesa e do contraditório só é possível quando se sabe do que está sendo acusado. Se magistrados utilizam concepções pessoais acerca de condutas “desejadas” para definir se uma pessoa é ou não “digna” de gozar de garantias penais — como as omissões impuníveis e a atipicidade — então todos esses pressupostos fundamentais do Estado Democrático de Direito estão sendo violados (Batista, 2007).

Essa violação se agrava perante as vulnerabilidades dessas mulheres mães no enfrentamento do sistema judiciário no Brasil. São destituídas de suas garantias fundamentais e, nesses casos, o sistema judicial não as protege, mas as pune. E nesse processo, as crianças, que estavam sob sua responsabilidade, também sofrem dupla vitimização (Batista, 2007).

Fica clara, portanto, a essencialidade do presente estudo e de posteriores investigações para compreender o atual cenário e para buscar fortalecer os mecanismos de proteção previstos pelo ordenamento jurídico, de forma a efetivar os direitos que garantem um mínimo de dignidade e lisura no processo criminal, vez que a omissão só deve ser punida quando há a possibilidade de agir, conforme previsto no Código Penal (Batista, 2007).

Para isso, empreender-se-á uma pesquisa Sociojurídica Teórica, além do estudo do referido caso, dos estudos críticos da forma como as categorias da Teoria do Delito são manejadas pela dogmática penal — tanto sob o ponto de vista de Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, quanto da perspectiva feminista do Direito Penal, analisando o trabalho de Vera de Andrade, Giulia Maycá, Marília de Budó e Carolina Costa, entre outras vozes femininas — para explicar o cenário atual das condenações por omissão nos casos de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

O principal objetivo do trabalho é, portanto, buscar compreender as influências que os papéis de gênero, historicamente construídos e reproduzidos, possuem na forma como as mães são julgadas, quando, de alguma forma, frustram as expectativas do homem médio acerca dos cuidados devidos à maternidade. Nesse sentido, pretende-se, a partir de um estudo sobre as perspectivas críticas da culpabilidade, compreender se está sendo empreendido o Direito Penal do Autor para condenar essas mulheres por não cumprirem seu “papel de mãe”.

O trabalho concluiu, de forma geral, a partir das análises propostas, que os papéis de gênero influenciam na forma como a culpabilidade é atribuída às mulheres em casos que envolvem violência doméstica e condenações por crimes omissivos impróprios. Além disso, concluiu que há diferenciação quanto à valoração dos efeitos da Violência Doméstica, quando os relacionamentos violentos vitimizam, também, os filhos dessas mulheres. Ademais, o presente estudo atribuiu duas formas distintas de analisar o caso tratado, de forma que sua culpabilidade seria afastada e a ré restaria absolvida.

1. O CASO CONCRETO

O presente estudo, conforme descrito anteriormente, buscará analisar o instituto da condenação por omissão imprópria de mães em situação de violência doméstica e a forma como o sistema jurídico brasileiro comprehende esse quadro. Para tanto, foi escolhido um caso concreto, uma ação penal, que apresentou essas características. O processo escolhido, por tratar de Violência Doméstica e interesse de menores de idade, correu em segredo de justiça e, por isso, no escopo deste trabalho, será mantida a discrição quanto a quaisquer dados sensíveis sobre as partes envolvidas. Cabe destacar que o acesso aos autos do processo foi autorizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, apenas para fins acadêmicos, e respeitadas as exigências quanto à manutenção do sigilo.

Proceder-se-á, nesse estudo, a análise de um processo que tramitou tanto na Vara de Violência Doméstica, quanto na Vara de Infância e Juventude e na Vara Criminal. Será omitido, aqui, seu número, por questões de manutenção do segredo de justiça. Para fins de identificação das personagens e, ainda assim, preservar o sigilo, as partes serão tratadas pelo parentesco que possuem com a vítima (criança de 8 anos de idade na época dos fatos, do gênero feminino). Assim, farão parte da narrativa a vítima, sua mãe — também ré no processo —, seu padrasto — réu —, seu irmão, sua avó e sua tia — como testemunhas e informantes.

O referido processo se inicia com uma denúncia da avó ao Conselho Tutelar, a partir do relato da vítima à sua tia. A criança contou que seu padrasto havia tentado abusar sexualmente dela, enquanto sua mãe estava tomando banho e seu irmão estava dormindo. A tia, que na época contava com apenas 19 anos, informou a avó, que fez a denúncia. Inicialmente, a mãe era apenas testemunha no processo e o Ministério Público ofereceu denúncia contra o padrasto, imputando-lhe as condutas de estupro de vulnerável e tortura.

Simultaneamente ao processo judicial, correu o processo administrativo contra a mãe — para fins de apurar sua conduta supostamente negligente frente aos filhos — e o acompanhamento psicossocial realizado pelo CREAS — Centro de Referência Especializado de Assistência Social —, conforme determinado pelo Conselho Tutelar.

No curso do atendimento psicossocial realizado pelo CREAS, por meio de entrevistas com assistentes sociais e psicólogos, a mãe da vítima informou que, em dado momento, ao

sair do banho, percebeu que sua filha estava nervosa e perguntou se algo havia acontecido. Nessa ocasião, a vítima teria avisado a mãe sobre os abusos. De acordo com a ré, naquele momento, não conseguiu reagir, uma vez que era constantemente ameaçada e agredida pelo padrasto da vítima, que prometia expulsá-los de casa e, até mesmo, matar toda a família. Em outra ocasião, a mãe informou que houve um pedido do padrasto para “conhecer o corpo” da criança. Inicialmente negou, mas após insistência, ameaças e violência doméstica, acabou por permitir que ocorresse.

Com essas declarações, o Ministério Público entendeu por proceder o aditamento da denúncia, incluindo a mãe como coautora do crime, por ter se omitido e, por vezes, participado dos abusos perpetrados contra a infante.

Diversos foram os depoimentos colhidos tanto nas entrevistas realizadas pelo CREAS, quanto pelo estudo dirigido pela equipe multidisciplinar do Tribunal de Justiça — esse realizado no bojo do processo criminal —, e nos depoimentos pessoais, em contraditório. O que foi declarado por cada parte ao longo de todos esses procedimentos será reproduzido de forma resumida.

A avó manteve-se firme ao afirmar que, com o relacionamento entre a mãe e o padrasto da vítima, houve severo afastamento familiar, pois não aprovava a forma como o companheiro tratava sua filha e seus netos. Com isso, acabou por afastar-se das crianças e de sua filha, ficando alheia à rotina do núcleo familiar. Afirma, contudo, que o relacionamento em que estavam envolvidos era extremamente violento, tendo visto a mãe da menor machucada. Além disso, relatou que, ao ter conhecimento dos fatos, visitou a casa e perguntou à ré sobre o ocorrido, porém, a resposta foi negativa, demonstrando-se intimidada pela presença do padrasto. Relatou, ainda, que após a denúncia, a genitora a abraçou, chorando, e a agradeceu, dizendo que lhes livrou do mal que os assolava.

Os depoimentos da tia foram no mesmo sentido. Relatou que ao ouvir o que a infante disse, se assustou e contou para a avó, visto que era ainda uma adolescente à época. Relatou que a criança apenas disse que os fatos aconteciam quando sua mãe não estava em casa ou, por algum motivo, não estava no mesmo cômodo — no banho, por exemplo. Além disso, ratificou o relato quanto à violência que era perpetrada no relacionamento da mãe e do

padrasto e informou que acreditava que a ré não sabia dos acontecimentos, uma vez que era muito cuidadosa e protetora dos filhos.

O irmão, que contava apenas com 7 anos na data dos fatos, relatou que era constantemente agredido pelo padrasto, assim como sua mãe e irmã. Informou que quando sua mãe buscava defendê-los, acabava por ser vítima de ainda mais agressões. Relatou que quando o padrasto agredia sua mãe, costumava colocar os filhos para fora de casa. Seu depoimento incluiu, ainda, que o réu lhes negava comida caso fizessem “algo errado” e lhes aplicava castigos humilhantes e violentos.

A vítima, apesar da tenra idade, foi capaz de dar depoimentos claros e esclarecedores. Narrou a criança que seu padrasto perpetrava, constantemente, atos que configuram estupro de vulnerável. Informou que buscava sempre os horários em que sua mãe não estivesse por perto e dizia à menor para não contar para ninguém. Declarou que sua mãe sabia do que acontecia, mas que não fazia nada por medo, pois era ameaçada pelo padrasto, acentuando, inclusive, que a violência no âmbito familiar era habitual e atingia a mãe e os filhos. Disse, também, que após a denúncia, se sentia segura e tinha boa relação com sua genitora. Via sua avó como uma heroína que libertou sua família dos maus tratos realizados pelo padrasto e, agora, podiam viver felizes.

Já a mãe, em seus depoimentos iniciais, informou que soube da situação que ocorria no ambiente doméstico através do padrasto, que lhe pediu que autorizasse a “conhecer o corpo” de sua filha. A ré negou o pedido inicialmente, mas informou que, após ameaças de ser expulsa de casa com seus filhos, acabou por permitir. Além disso, havia dito no estudo psicossocial que havia auxiliado no abuso, em um momento. Acerca desse fato, se retratou em juízo, informando que apenas sabia do que estava acontecendo, corroborando o depoimento de sua filha. Declarou que, na época dos fatos, estava desempregada, havia rompido relações com a família e não possuía casa própria e, por isso, morava com o padrasto das crianças. Esse era, segundo a ré, um dos motivos pelos quais não conseguiu fazer a denúncia e proteger sua filha, pois o padrasto ameaçava expulsá-los de casa. Mas, além disso, informou que o réu afirmava ser ex-policial e possuir uma arma. Conta a mãe que em um momento em que presenciou o abuso, “partiu para cima” do padrasto e ameaçou denunciá-lo, porém, o réu prometeu que mataria as crianças e a esquartejaria.

Os pareceres realizados tanto pelo CREAS quanto pela equipe do Tribunal de Justiça foram no sentido de constatar a situação de violência doméstica em que mãe e filhos estavam inseridos, além de confirmar que haviam indícios de que a mãe sabia do caso, mas que afirmava não ter reagido por medo das represálias prometidas. Foi recomendado acompanhamento psicológico para os três e reforço dos laços familiares. As consultas psicológicas não ocorreram, ao que consta nos autos, por falta de vaga, apesar das tentativas da mãe. Além disso, apesar de a guarda dos infantes ter sido passada à avó, quando a mãe conseguiu um emprego fixo e alugou uma nova casa, as crianças voltaram ao seu convívio, tendo afirmado que estavam felizes. Foi relatado pelas crianças que, mesmo após a separação, o padrasto visitava a nova casa quando a mãe não lá estava, tendo sido necessária a intervenção de um vizinho, em uma ocasião, em que tentou arrombar a porta. Foi requerida uma medida protetiva em nome da vítima para garantir o afastamento. O rendimento escolar também foi apurado e, ao que foi descrito pelos assistentes sociais e psicólogos, as crianças mostraram bom desempenho e avanços após cessarem as agressões.

Já o padrasto negou que qualquer desses fatos jamais tivessem acontecido, informando que possuía outras filhas e nunca lhes foi feito nada, além de informar que o relacionamento não era marcado por violência e havia terminado por ciúmes excessivos por parte da mãe das crianças.

Em Alegações Finais, a advogada da ré requereu o reconhecimento da coação moral irresistível, com base nos relatos dos filhos, da avó, da tia e da própria acusada. Manifestou-se pelo afastamento da culpabilidade sob o argumento de que sua vontade não era livre, mas viciada pelas constantes ameaças que sofria. Assim, requereu a absolvição da apenada com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal e, subsidiariamente, a absolvição por falta de provas quanto à participação da ré nos delitos investigados.

Já a defesa do acusado se limitou a requerer a absolvição quanto ao crime de tortura, uma vez que não restou comprovado nos autos do processo e a fixação da pena-base no mínimo legal quanto ao crime de estupro de vulnerável, visto que o acusado era primário e de bons antecedentes.

O Ministério Público pugnou pela condenação pelo crime previsto no artigo 217-A, do Código Penal, combinado com a causa de aumento de pena prevista no artigo 226, II, do CP e

da agravante genérica prevista no artigo 61, II, “f”, também do Código Penal — visto que o crime foi praticado por ascendente e padrasto, prevalecendo-se das relações domésticas. Além disso, pugnou pelo reconhecimento da continuidade delitiva, na forma do artigo 71, também do Código Penal. Para tanto, descreveu a forma como foram narrados os fatos pelas testemunhas, inclusive as ameaças que foram retratadas — apesar de em nenhum momento mencionar a ameaça de morte e assassinato dos filhos —, porém, fez uso de argumentos extrajurídicos para enfatizar o comportamento “desconforme” da mãe e, assim, justificar sua condenação a despeito da coação.

Citam-se alguns trechos:

Não bastasse a coerente e harmônica palavra da vítima, e conflitando com o que razoavelmente se espera de uma mãe, a acusada confirmou ter presenciado por várias vezes os abusos perpetrados [...]

A corré acabou por confessar a prática delituosa, afirmando que presenciou por diversas ocasiões os abusos e nada fez para impedi-los por medo do acusado, eis que era ameacada [...]

Ressalte-se que a acusada busca justificar sua abominável conduta em razão de ser ameacada de ser colocada para fora de casa com seus filhos, e somente em razão disso permitiu que o acusado praticasse os atos libidinosos contra a criança. Antes tivessem ido para a rua, Excelência! [...]

Destaca-se que nesse trecho sucede a transcrição do depoimento da ré em que afirma ter enfrentado o acusado, afirmando que o denunciaria, e, como resposta o réu ameaçou matar seus filhos. Em contrapartida ao pedido de reconhecimento da coação moral irresistível o órgão ministerial apresenta a seguinte fundamentação:

Não há como pretender sustentar a versão de autodefesa, qualquer coação moral irresistível, eis que, aos olhos do homem médio, é fácil imaginar que uma mãe preferiria ir para a rua com seus filhos a permitir e auxiliar que seu companheiro abusasse sexualmente de sua filha de apenas oito anos de idade. É dantesco, repugnante e absolutamente execrável

Na sentença, o juiz citou diversos trechos dos depoimentos das partes, destacando o fato de que a ré confessou seu conhecimento do fato, mas que a ameaça sofrida a impediu de agir conforme o ordenamento. Além dos trechos em que tanto a vítima, quanto a ré e o irmão afirmam que os abusos aconteciam majoritariamente na ausência da acusada. Por fim, o juiz julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva do Estado, condenando ambos pelo crime previsto no artigo 217-A, do Código Penal, tendo o réu incorrido, ainda, na causa de aumento de pena prevista no artigo 226, II, do mesmo código, absolvendo-os das demais

imputações. A pena do acusado restou fixada em 14 anos de reclusão no regime inicial fechado, concedido o direito de apelar em liberdade. Já quanto à ré, assim decidiu o magistrado:

Talvez por medo, por comodismo ou mesmo ignorância, o fato é que não se pode punir a conduta de ... (ré) da mesma forma que ... (réu), apesar de haver fortíssimos indícios de que a acusada, mesmo estando ciente, nada fez para impedir os abusos que eram cometidos contra sua filha.” A pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis. Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, o juiz afastou a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 226, II, do CP, pois considerou que a ré já estava suficientemente punida pela participação no sofrimento infligido à filha.
[...]

Não há que se incidir a causa de aumento de pena, prevista no art. 226, II do CP, pois a acusada, que é mãe da menor, já se encontra suficientemente punida pela sua participação, ainda que bem menor, no crime perpetrado contra sua filha. Além disso, devemos, também, convir que a omissão era apenas uma, a de permitir que seu companheiro abusasse seguidamente sua filha menor, não vislumbrando este Magistrado a ocorrência se crime continuado pela omissão.

A pena final foi fixada em 8 anos de reclusão em regime inicial fechado, afastada a possibilidade de substituição da pena ou *sursis* e concedido o direito de apelar em liberdade. Todas as partes apelaram da sentença, tendo, contudo, o réu desistido do recurso por ele interposto.

Em sede de razões de apelação, a ré reiterou os depoimentos que retrataram as ameaças e violências perpetradas no âmbito familiar e sofridas pela acusada, assim como pelos filhos. Arguiu, novamente, a existência de coação moral irresistível e pugnou pela absolvição, nos termos do que havia requerido em suas Alegações Finais. Em contraditório, o Parquet se limitou a reiterar a argumentação moral apresentada nos Memoriais, deixando de enfrentar, com fundamentos técnicos, o reconhecimento da coação moral irresistível.

O Ministério Público, em sede de razões, pugnou pelo reconhecimento da causa de aumento de pena do artigo 226, II, do Código Penal e da continuidade delitiva da omissão em relação à acusada, sob o argumento de que o magistrado fez juízo de valor quanto à ré e seu envolvimento, deixando de lado o fato de restar comprovado que se trata da mãe da vítima e,

portanto, deveria ser reconhecida de plano a incidência da causa de aumento. Reiterou os argumentos morais que havia sustentado nas Alegações Finais — “não existe na legislação pátria punição suficiente para reprimir conduta tão desviada”. Ao contrarrazoar o recurso, a defesa reiterou a excludente de culpabilidade pela coação moral irresistível baseada na violência.

No Parecer ofertado pelo Ministério Público em Segunda Instância, opinou-se pelo acolhimento do recurso ministerial e do indeferimento da apelação defensiva. Demonstra-se a materialidade do delito sem, contudo, enfrentar o argumento da coação moral irresistível por completo, reiterando a fundamentação moral arguida pelo Parquet.

Contudo, a coação irresistível não restou demonstrada nos autos para fins de reconhecimento da exclusão da culpabilidade, eis que não se pode chancelar a prática de nefasto crime, comissivo por omissão em relação à genitora da vítima, tão somente com enfoque em precariedade financeira em relação ao corrêu, tido como provedor. Ademais, conforme destacado pelo Ilmo. Promotor de Justiça, aos olhos do homem médio, uma mãe preferiria ir para a rua com seus filhos a permitir e auxiliar que seu companheiro abusasse sexualmente de sua filha de apenas 08 anos de idade.

No acórdão, foi dado parcial provimento ao recurso ministerial e negado provimento ao pelo defensivo. Fundou-se a decisão no fato de restar comprovado que a ré era genitora da vítima, sendo, portanto, devida a aplicação da causa de aumento de pena, conforme requerido pelo Ministério Público. Quanto aos apelos defensivos, afastou a possibilidade de absolvição, uma vez que restou comprovado que a ré tinha conhecimento dos fatos e deixou de agir para impedi-los. Quanto à tese da coação moral irresistível, fundamentou a denegação da seguinte forma:

Em que pese os argumentos defensivos no sentido que a apelante apanhava e era constantemente ameaçada pelo corrêu [...], seu então companheiro de quem dependia financeiramente, não se pode tolerar a prática de crimes desta gravidade, mormente por parte de quem tinha dever legal de agir, na forma do artigo 12, parágrafo 2º, “a”, do CP. Tampouco se pode desconsiderar que a apelante, ante a sordidez dos fatos, deveria ter buscado ajuda junto a seus familiares, os quais agiram com prontidão tão logo tomaram conhecimento dos abusos. [...] Ademais, tampouco deve ser reconhecida a excludente com relação ao período em que efetivamente residiu com o corrêu, eis que conforme bem salientado pelo parquet, “aos olhos do homem médio, uma mãe preferiria ir para a rua com seus filhos a permitir e auxiliar que seu companheiro abusasse sexualmente de sua filha de apenas 08 anos de idade”

Ademais, o acórdão afastou a incidência do artigo 71, do Código Penal por faltar requisito objetivo para aplicação da continuidade, ou seja, por não se tratar de pluralidade de

condutas. Assim, foi negado o apelo da defesa e acolhido o ministerial para reconhecer a incidência da causa de aumento de pena do artigo 226, II, do Código Penal, a pena da ré foi redimensionada para 12 anos de reclusão, mantidos hígidos os demais termos da sentença.

2. A INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Segundo Aníbal Bruno (1967) o Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que define quais fatos serão puníveis em uma sociedade, como será realizada essa punição e controla o exercício desse pelo Estado, tendo em vista a gravidade das violações a direitos que poderá provocar. O Direito Penal é, portanto, a área do direito que estuda os delitos, quem os comete e as reações sociais dele decorrentes.

Já a Dogmática Penal traduz-se na atitude do jurista de buscar submeter as normas a um Direito Positivo, independente do conteúdo material de que trata (Andrade, 2003). Ou seja, esse ramo de estudo busca construir uma espécie de ciência do conhecimento jurídico, uma sistematização que torne a matéria acessível, didático. Diz a autora tratar-se de uma “atitude invariável de acatamento acrítico a um Direito que temporal e espacialmente varia” (2003, p. 74), isso porque pretende ser capaz de descrever qualquer direito, em qualquer tempo e espaço, visto se tratar de uma ciência jurídica.

O presente estudo pretende analisar a forma como essa Dogmática Penal interpreta essas leis que compõem o Direito Penal brasileiro, procurando compreender o caso concreto e o modo como foi tratado pelo sistema jurídico, a partir das categorias desenhadas pelos autores para, só então, construir um pensamento crítico — em conjunto com outras teorias existentes — acerca do caso concreto, propondo possíveis maneiras alternativas de interpretar a mesma situação

Nesse sentido, inicia-se este capítulo com uma breve — e não exauriente — retomada da Teoria do Delito e da conceituação do Fato Típico, da forma como é tratada na dogmática jurídica brasileira e, nesse sentido, reproduzida nos meios acadêmicos e jurisdicionais, estabelecendo um panorama geral sobre como é compreendida e julgada a omissão imprópria no sistema jurídico do país.

Importante frisar, contudo, que não se propõe, no presente estudo, que essa forma de disciplinar a interpretação do Direito Penal seja isenta de falhas. Pelo contrário, buscar-se-á apresentar, em princípio, a forma como o tema é compreendido para, então, tecer comentários e sugestões, baseados nas teorias críticas que serão posteriormente apresentadas.

2.1. TEORIA DO DELITO E OMISSÃO IMPRÓPRIA

Os delitos, ou fatos típicos, conforme explica Masson (2022), são compostos por quatro elementos: conduta, resultado naturalístico, relação de causalidade e tipicidade. Isso significa que, de acordo com o doutrinador, somente será considerada crime e, por isso, poderá ser analisado no âmbito da responsabilização criminal, uma conduta devidamente tipificada em lei que dê causa a um resultado naturalístico. É preciso destrinchar cada um desses elementos, compreendendo como são interpretados no direito brasileiro.

Inicialmente, faz-se necessário atribuir um conceito à “conduta”. Os doutrinadores do Direito Penal muito se debruçaram nessa conceituação, e, desse modo, diversas são teorias que se propõem a explicar esse fenômeno. A Teoria Causalista, por exemplo, conceitua conduta como “a ação ou omissão voluntária e consciente que determina movimentos corpóreos” (Nucci, 2013, p. 153), excluindo, do seu entendimento, a necessidade de um fim especial para agir, bastando que haja ação ou omissão determinada por vontade consciente.

No mesmo sentido, a Teoria Social prevê conduta como comportamento voluntário e consciente, mas inclui o fator da relevância social (Nucci, 2013). Assim, não basta que a ação ou omissão produza resultado determinado pelo elemento volitivo do agente, deve, ainda, essa conduta ter efeitos socialmente influentes.

Já para a Teoria Funcionalista, defendida por Roxin e Jakobs, conforme Nucci (2013, p. 154), conduta é “qualquer ação ou omissão humana, voluntária e consciente, que demonstre a personalidade do agente, ou seja, seu estado anímico, ou que seja capaz de evitar um resultado, contanto que lhe seja juridicamente exigível que assim proceda”. Para os referidos autores, portanto, além de a ação ou omissão ser voluntária e consciente, precisa traduzir a vontade de quem o praticou e ser contrária ao que o ordenamento dele espera.

Para a Teoria Finalista, por outro lado, adotada pelo professor Guilherme Nucci (2013) e pelo legislador, no Código Penal de 1940 (Brasil, 1940), conduta “é uma ação ou omissão do ser humano, que leve a um movimento ou a inércia, que seja voltada a uma finalidade específica”. Assim, essa teoria abarca, em seu escopo, o especial fim de agir ou de se omitir, para que a conduta se torne penalmente relevante.

Partindo do conceito de conduta adotado pelo legislador do Código Penal brasileiro, passa-se a buscar compreender os demais elementos do fato típico. É necessário, portanto, que seja realizada uma ação ou omissão voluntária, consciente e determinada a produzir um resultado específico, ou seja, é essencial que o agente tenha tido especial fim de agir para produzir o resultado naturalístico — segundo elemento do tipo -, subsumindo-se ao tipo penal descrito em lei — terceiro elemento (Brasil, 1940).

Nesse sentido, para que estejam presentes o segundo e o terceiro elementos — resultado e tipicidade —, é preciso que o resultado delituoso seja produzido conforme descrito expressamente em lei anterior ao fato.

Por fim, é preciso que haja nexo de causalidade entre a ação e a omissão típicas e o resultado produzido. E é nesse aspecto que se insere a previsão do artigo 13 do Código Penal (Brasil, 1940), materializando esse elemento ao determinar que o resultado somente será atribuído àquele que lhe deu causa. Para delimitar quais causas podem interessar ao Direito Penal o legislador adotou a chamada Teoria da *conditio sine qua non* (Bitencourt, 2009), ou seja, para evitar que houvesse vazios de responsabilização, garantiu-se que qualquer ação ou omissão que concorresse para a produção do resultado — independentemente de se tratar de causa ou condição — pudesse ser responsabilizada. Isso porque essa teoria prevê que qualquer ação ou omissão que, de alguma forma, concorra para o resultado possui relevância penal.

A partir dessa disposição legal, é preciso enfrentar outro desafio teórico: determinar quais, dentre todas as ações ou omissões que concorrem para a produção de um efeito e estão abarcadas pela teoria da *conditio sine qua non*, são penalmente relevantes e, de fato, foram responsáveis pelo resultado — visto que, caso não houvesse limites, haveria o risco de criar uma cadeia causal infinita. No mesmo sentido alerta Cesar Roberto Bitencourt (2009) que a desvantagem do método de aferição elegida pelo legislador — teoria da *conditio sine qua non* — é, justamente, o demérito de levar “*ad infinitum*” a aferição das causas. Para solucionar esse problema e limitar a imputação, a doutrina propôs o critério de eliminação hipotética das condutas.

A causa de determinado resultado, desse modo, é obtida a partir de uma análise hipotética de eliminação, em que se faz o esforço teórico de retirar da realidade fática a

conduta supostamente criminosa e verificar se o resultado ainda se produziria. Caso as consequências fossem as mesmas, tirada a ação ou omissão que se analisa, então não há que se falar em relação de causalidade da conduta do agente com o resultado criminoso. Por outro lado, se a conduta, quando subtraída, impede a produção do resultado, então infere-se que há, sim, relação de causa e efeito entre ação/omissão e resultado crime (Nucci, 2013).

Há que se destacar, ainda, que é preciso que haja provas inequívocas de que existe causalidade determinante entre conduta e resultado, sob pena de descumprimento dos princípios basilares do Direito Penal. Reforça a jurisprudência:

Sem que haja relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o resultado morte, não pode ele ser responsabilizado por esta (TACrSP, *Julgados 78/210 RT529/368*), sendo inadmissível, no Direito Penal, a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva (STF, *RTJ 111/619*). Se é incerta a relação de causalidade entre a atividade do agente e a morte do ofendido, absolve-se (TACrSP, *Julgados 66/227*) (Delmanto *et. al.*, 2007, p. 60).

Relemboram Mirabete e Fabbrini (2007) que é indispensável, ainda, que a conduta seja praticada a título de dolo ou culpa, sem os quais não se pode falar em fato típico. Os autores explicam que o critério é utilizado em um sentido de retirar condutas do espectro de interesse do Direito Penal — e não de atribuir responsabilidade a quem concorreu de alguma forma não determinante.

Portanto — e adotando a Teoria Finalista — previu o legislador brasileiro que seria relevante, à luz do Direito Penal, a ação indispensável para a produção de um resultado criminoso, mas também a omissão — o deixar de agir —, se eficiente for para fazer produzir o resultado. Mas não basta apenas ser eficaz em produzir o efeito criminoso, deve, ainda, o agente ter vontade, consciência e especial fim de agir, a título de dolo ou de culpa.

Os critérios definidos doutrinariamente e cristalizados na legislação conceituam o fato típico e a conduta de forma que a avaliação do que é penalmente relevante não seja demasiadamente tortuosa quando se trata de uma ação. Contudo, no que tange aos comportamentos omissivos, essa determinação complexifica-se. Nesse sentido, inseriu o legislador o parágrafo segundo do artigo 13 no ordenamento, elegendo critérios para definição das hipóteses em que o “deixar de agir” seria relevante frente ao Direito Penal (Brasil, 1940).

O Código prevê as seguintes hipóteses: a) quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) quem, de alguma outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) quem, com seu comportamento anterior, tenha criado o risco da ocorrência do resultado (Brasil, 1940).

O artigo apenas se refere aos crimes chamados omissivos impróprios, ou comissivos por omissão. Isso porque, quando se trata dos crimes omissivos próprios, a própria legislação impôs um comportamento ao sujeito e determinou que a sua não realização seria atividade típica. Desse modo, sua conduta se amolda de forma imediata ao tipo, conforme disciplina Jescheck (1993), não havendo dúvidas quanto à sua responsabilidade pelo resultado. Já no que tange aos crimes comissivos por omissão, a aferição da responsabilidade se torna mais nebulosa, visto que o ordenamento apenas veda uma conduta positiva, mas o resultado poderá ser atribuído a um terceiro apesar de não o ter produzido diretamente, mas por, tendo o dever de assim proceder, não ter impedido que se concretizasse

O legislador, portanto, colocou como requisito básico da imputação pela omissão ter o agente dever de agir na situação fática (Brasil, 1940). Nesse sentido, somente nasce a possibilidade de responsabilização quando o sujeito preenche pelo menos uma das três hipóteses previstas nas alíneas do parágrafo segundo: obrigação de cuidado, proteção ou vigilância determinada por lei; ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado; ou ter criado o risco com comportamento anterior. No presente estudo, dar-se-á enfoque à primeira hipótese de responsabilização por omissão.

O dever legal a que se refere o artigo, de acordo com a doutrina, diz respeito à legislação penal como um todo, não se limitando, portanto, às previsões do código. Além disso, esse dever pode ser atribuído expressa ou tacitamente pela norma jurídica, impondo-lhe a posição de garantidor (Mirabete; Fabbrini, 2007). Esse é o caso dos pais em relação aos filhos e dos policiais em relação à vigilância da população (Delmanto *et. al.*, 2007).

Assim, será responsabilizada qualquer pessoa que praticar uma omissão — voluntária e consciente, uma vez que deve respeitar os requisitos conceituais da conduta — e tiver, por lei, o dever de atuar para impedir o resultado. Segue, ainda, a legislação, exigindo a possibilidade de agir — “quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. É preciso definir, portanto, quando há ou não a possibilidade de agir.

Conforme explica Muñoz Conde, o primeiro esforço que deve ser realizado para caracterizar um crime comissivo por omissão é o de verificar “a causalidade hipotética, isto é, a possibilidade fática que teve o agente de evitar o resultado” (1984 *apud* Franco *et. al.*, 1995). Os autores propõem, portanto, que seja feita avaliação hipotética em que se observará se, caso a pessoa tivesse procedido conforme esperado pelo ordenamento, o resultado teria sido evitado.

Não basta, por conseguinte, que o agente tenha o dever de intervir para que lhe seja imputado o crime em questão — precisa ter perdido uma oportunidade real de evitá-lo. O entendimento jurisprudencial também vai nesse sentido, colocando como requisitos o reconhecimento do perigo para o bem jurídico atrelado à abstenção de ação, desde que houvesse a possibilidade de agir e, de fato, impedir o resultado. Presentes esses fatores, diz a jurisprudência equiparar-se, a omissão, à causação.

Mirabete e Fabbrini (2007) lecionam da mesma forma. Assim, os doutrinadores propõem que seria necessário, no caso concreto, poder e dever agir; ter consciência da sua posição de garantidor e, consequentemente, do seu dever de agir; ter consciência do perigo que ameaça o bem jurídico que garante; e, ainda, ter possibilidade de agir de forma que impeça o resultado. Somente preenchidos todos esses requisitos poderia se falar em responsabilização por omissão. Essa previsão é fortalecida pela jurisprudência:

A conduta da mãe, que deixa seus filhos menores sozinhos em casa para ir à residência de uma vizinha por alguns momentos, não pode ser erigida como negligente se, em decorrência de um acidente doméstico, uma das crianças vem a falecer, vez que não há como se exercer ininterruptamente, o dever de vigilância, decorrente do pátrio poder, pois qualquer distração pode ensejar resultados lamentáveis, sendo certo que, mesmo que se admita sua culpa por conduta omissiva, seria o caso de aplicar-se o perdão judicial (RJDTACRIM 28/278) (Mirabete; Fabbrini, 2007, p. 160).

Celso e Roberto Delmanto (Delmanto *et. al.*, 2007) lecionam dessa mesma forma. Para os autores, é preciso haver a conjugação do dever de agir com a possibilidade de agir, de forma que não haja risco pessoal para o agente. Assim, somente quando presente o dolo ou a culpa seria possível responsabilizar uma omissão. Se o agente não quis ou não aceitou o resultado, ou mesmo permitiu que se perfizesse por negligência, imprudência ou imperícia, não há que se falar em atribuição de responsabilidade. Para além desses requisitos, seria

necessário que a atuação contra o efeito não lhe fosse custosa, visto que o ordenamento jurídico não pode exigir o heroísmo como conduta média esperada.

Da mesma forma postula a jurisprudência:

A omissão só se torna penalmente relevante quando o agente pode agir, sem pôr em risco sua própria vida, pois a lei não obriga ninguém a ser herói ou santo (TACrSP, *RT* 604/370). Falta justa causa à ação penal instaurada contra dirigentes de órgãos públicos encarregados da construção e recuperação de estradas, atribuindo-lhes culpa omissiva por acidente de trânsito com vítimas; A omissão do artigo Art. 13, par. 2º, encontra-se delimitada pela expressão *podia*, cumprindo-se evidenciar que os acusados dispunham de todos os recursos necessários para colocar as vias de tráfego em condições ideais de segurança (TAMG, *RT* 780/701) (Delmanto *et. al.*, 2007, p. 62).

Conjugando o que se postula na doutrina, na jurisprudência e na legislação vigente, depreende-se que a omissão será penalmente relevante quando o agente tinha o dever de agir e, no caso concreto, e sem que houvesse necessidade de desmedido esforço, pudesse agir — de forma eficaz — para impedir que se perfizesse o resultado danoso a bem jurídico relevante ao Direito Penal.

2.2. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

A partir do entendimento do que é o Fato Típico no Direito Penal, é preciso se debruçar sobre os demais elementos do crime, ou seja, sobre a antijuridicidade e a culpabilidade.

Quanto a culpabilidade, há divergência doutrinária quanto a sua classificação como um elemento do crime — visão apoiada pelas teorias clássica e finalista, desde que adeptas ao conceito tripartido de crime — ou como um pressuposto da aplicação da pena — visão defendida pela teoria finalista em seu aspecto bipartido. Essa discussão ainda se faz presente no campo dos estudos sobre Direito Penal e ganha maior contorno pelo fato de a própria legislação carecer de conceituação definitiva do instituto. Em vista disso, diversas teorias foram criadas e sustentadas na busca da delimitação desse conceito.

A Teoria Psicológica, sustentada por Franz von Liszt e Ernst von Beling, dá especial ênfase à imputabilidade, classificando-a como pressuposto da culpabilidade (1889 *apud* Masson, 2022). A imputabilidade se entende como “a capacidade do ser humano de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (Masson, 2022,

p.380). Nesse sentido, essa teoria sustenta que para que alguém seja culpável por uma conduta, é preciso que haja um vínculo psicológico da vontade do sujeito e do fato praticado, seja ele construído por meio do dolo ou da culpa. Assim, essa teoria coloca dolo e culpa como elementos da culpabilidade, somente podendo ser analisados quando comprovada a imputabilidade do agente. Essa corrente de pensamento não é atualmente aceita.

A Teoria Normativa ou Psicológico-normativa foi pensada por Reinhard Frank (1907 *apud* Masson, 2022). Sustenta o autor que a culpabilidade se relaciona com a possibilidade de se exigir do agente uma conduta diversa da que procedeu, no caso concreto. Essa corrente propõe que a culpabilidade possui três elementos: a imputabilidade, que deixa de ser pressuposto fundamental, o dolo ou a culpa e a exigibilidade de conduta diversa. Isso quer dizer que somente haverá responsabilização de uma conduta típica e ilícita na hipótese de ter sido praticada por agente imputável, que possuísse dolo ou culpa e de que se pudesse exigir comportamento diferente do que teve. Há culpabilidade quando o resultado poderia ter sido evitado, mas, por escolha consciente, o agente permitiu que se perfizesse (Masson, 2022).

Já a Teoria Normativa Pura, idealizada por Welzel (1939 *apud* Masson, 2022) altera a forma como será compreendida a culpabilidade uma vez que transfere o dolo e a culpa para a conduta. Ou seja, a presença do dolo ou da culpa não será aferida em sede de análise de culpabilidade, que concentrará um juízo de reprovabilidade sobre o agente decorrente da sua potencial consciência sobre a ilicitude de seus atos. Ainda está incluído nesse conceito de culpabilidade a exigibilidade de conduta diversa. A análise levará em conta, portanto, se o agente é imputável, se poderia, em tese, conhecer a ilicitude de seus atos e, ao fim, se era possível exigir-lhe conduta diversa (Masson, 2022).

O Código Penal adotou a Teoria Normativa Pura, conforme é possível depreender da leitura dos seus artigos 20 e 21 (Masson, 2022). Nesse sentido, é culpável a conduta praticada por agente imputável, que possuía, ao tempo da ação, potencial consciência da ilicitude dos seus atos, e de quem fosse exigível conduta diversa.

Acerca da culpabilidade, ainda, a legislação penal previu situações em que seria possível excluí-la, afastando a aplicação da pena. Essas hipóteses estão descritas no artigo 22, do Código Penal.

Coação irresistível e obediência hierárquica (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem (Brasil, 1940).

Prevê o dispositivo, portanto, que será excluída a culpabilidade do agente quando praticar o fato sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem de superior hierárquico que não seja manifestamente ilegal. Mais uma vez é preciso se debruçar sobre os institutos de que trata o artigo a fim de compreender seu sentido de forma plena.

Segundo a doutrina, o conceito de coação abarca o uso de força física ou grave ameaça contra outrem, a fim de determinar que faça ou deixe de fazer alguma coisa (Delmanto *et. al.*, 2007). A coação irresistível a que se refere o dispositivo é a chamada *vis compulsiva* ou coação moral irresistível, visto que a coação física irresistível — ou *vis absoluta* — exclui o caráter voluntário da ação, descharacterizando a conduta. Assim, a coação física irresistível atua como excludente de tipicidade, afastando a pena antes mesmo de se proceder um juízo quanto a presença de culpabilidade.

Para Roberto Bitencourt (2009) a *vis absoluta* exclui a própria ação, fazendo do agente mero instrumento usado pelo coator para realizar sua vontade. Já a coação moral irresistível atua como excludente de culpabilidade, uma vez que retira a exigibilidade de conduta diversa do escopo da análise, afastando a pretensão punitiva (Delmanto *et. al.*, 2007).

Explica Bitencourt (2009) que, nesse caso, há ação, uma vez que há, sim, vontade. Contudo, essa vontade é eivada de vício decorrente da grave ameaça, afastando, portanto, a culpabilidade do sujeito que não pode agir livremente. Mirabete e Fabbrini (2007) explicam, ainda, que, a presença da ameaça na coação moral influencia na vontade do agente que, apesar de poder escolher para si o mal menor, não pode se determinar completamente por suas vontades. Os autores enfatizam, também, que a referida ameaça não se limita à pessoa coagida, mas abrange as pessoas a quem é sentimentalmente ligado.

Em primeira análise, é requisito dessa excludente que a coação seja irresistível, caso contrário, apenas adimpliria o necessário para caracterizar a atenuante, prevista no artigo 65, inciso III, alínea “c”, primeira parte, do Código Penal.

Para Cesar e Roberto Delmanto (Delmanto *et. al.*, 2007) a irresistibilidade da coação deve ser apreciada no caso concreto, levando em conta as especificidades do contexto, das partes envolvidas e da personalidade do coagido, de forma que se conclua que a ameaça era insuperável.

Já Bitencourt (2009) sustenta que a irresistibilidade somente pode ser apreendida pela gravidade do mal que foi prometido ao coagido. Assim, prevê que deve ser analisada a natureza do mal e o poder do coator de, de fato, produzir o que ameaça. Caso a pessoa que coage a outra não tenha possibilidade de concretizar as ameaças, deixa a coação de ser irresistível.

No mesmo sentido lecionam Mirabete e Fabbrini ((2007, p. 222), que explicam que, para haver a exclusão da culpabilidade é necessário que a coação seja “irresistível, inevitável, insuperável, inelutável, atual, uma força que o coacto não pode subtrair-se ou enfrentar”, sob pena de caracterizar apenas a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “c”, do Código Penal. Sustentam os autores, da mesma forma que Bitencourt (2009), que a análise deve ser empreendida no caso concreto, tendo em conta o tipo de mal que foi prometido e os meios que a pessoa do coagido teria para resistir ou não às ameaças.

Esse entendimento é reproduzido na jurisprudência, que traz como requisitos para o reconhecimento da coação moral irresistível um constrangimento insuportável, irresistível, invencível, salvo por ação extraordinária — e que não se pode esperar do sujeito.

Para além do requisito da irresistibilidade, a doutrina exige que a ameaça seja precisa, iminente e real. Explica Bitencourt (2009) que a coação deverá ser medida pela gravidade do mal, mas também pelo grau de precisão com que é feita, de forma que o agente que promete o mal deve ter condições claras de o cumprir. Mas não só isso, propõe o autor que ainda deve haver iminência do mal, não de forma cronológica, mas de forma que, no momento em que o coagido se recusar a proceder conforme lhe é imposto, o coator será capaz de praticar a violência que prometeu.

Ademais, é requisito da coação moral irresistível a existência de um coator, ou seja, uma terceira pessoa — coator, coagido e vítima. A doutrina exige tal requisito como forma de

afastar a possibilidade da coação pela sociedade ou pela família, conforme já decidido pela jurisprudência:

A coação irresistível pressupõe, sempre, a existência de três pessoas, ou seja, o coator, o coagido e a vítima (STF, RTJ 93/1071; STJ, mv — RT 699/400, TJPB, RF 270/327; TJDF, Ap. 10.045, DJU 7.5.90, p. 8934) (Franco *et. al.*, 1995, p. 356).

É necessária a existência de um coator, não se podendo considerar a sociedade (TJRJ, RT 519/357; TJSP, RT 511/357; TJRS, RF 267/305) ou a família como tal (TJGO, RGJ 10/97) (Delmanto *et. al.*, 2007, p. 91).

A sociedade não pode delinquir, pois onde ela existe, aí está também o Direito. Assim, a coação irresistível há que partir de uma pessoa, ou de um grupo, nunca da sociedade (TJSP — AC — Rel. Cunha Bueno — RT 477/342) (Franco *et. al.*, 1995, p. 356).

A coação da sociedade, além de perfeitamente resistível, é de ordem eminentemente social, e não moral, pois esta é inteiramente subjetiva” (TJSP — AC — Rel. Chiaradia Neto — RT 392/103) (Franco *et. al.*, 1995, p. 356).

Permite, ainda, a posição doutrinária e jurisprudencial, que o mal prometido seja direcionado a terceira pessoa afetivamente conectada ao coagido. Diz Bitencourt (2009), que basta que o mal prometido lhe cause medo a ponto de viciar sua vontade, impedindo que escolha de forma livre. No mesmo sentido dispõem Mirabete e Fabbrini (2007, p. 222): “Inclui-se aqui a coação que diz respeito não à pessoa do coacto, mas à de outras às quais esteja a ele ligado sentimentalmente”.

Assim, haverá a exclusão da culpabilidade quando houver coação moral irresistível, desde que a grave ameaça seja insuperável, iminente, real, praticado por terceira pessoa capaz de exercer o mal prometido — seja contra o coagido ou contra pessoa sentimentalmente a ele ligado. A análise desse grau de irresistibilidade será apurada levando em conta o caso concreto e a subjetividade do coagido.

Além disso, há a possibilidade de ser excluída a culpabilidade quando a ação típica é praticada em decorrência do cumprimento de uma ordem não manifestamente ilegal de um superior hierárquico, conforme previsto no dispositivo legal. No presente estudo, no entanto, não será aprofundada essa hipótese, visto que não se insere no escopo do caso (Brasil, 1940).

Há autores que entendem que também seria uma causa excludente a inexigibilidade de conduta diversa, mais do que como um pressuposto das demais causas excludentes, mas como hipótese autônoma e supralegal. Isso porque entendem que caso a conduta não seja contrária ao objetivo geral do ordenamento, ou seja, não viole os princípios de forma que a legislação

fosse incapaz de exigir outra atitude, então não haveria razão para punir. Contudo, há divergência doutrinária no que tange a essa possibilidade.

De acordo com os professores Cezar e Roberto Delmanto (Delmanto *et. al*, 2007), sustentam ser uma forma supralegal de exclusão de culpabilidade Giuseppe Bettoli, Goldschmidt, Edmondo Mezger e Hermínio Alberto Marques Porto. Já autores como Reinhart Maurach, Francesco Antolisei e Hans-Heinrich Jescheck negam a possibilidade da inexigibilidade de conduta diversa como excludente autônoma, sob o fundamento de que permitiria a impunidade nos mais variados casos, visto se tratar de critério subjetivo e atrelado a conceitos abertos — o que se esperar de um “homem médio”.

3. ESTUDO CRÍTICO DA CULPABILIDADE

A Teoria do Delito normativa, ou seja, aquela que é apresentada aos estudantes do Direito e depois instrumentalizada pelos operadores desse ofício, foi apresentada no Capítulo 2 do presente estudo. Essa percepção inicial delimita a culpabilidade, em linhas gerais, como um juízo acerca do liame que conecta o autor e o delito. A culpabilidade é compreendida, nesses entendimentos, como um pressuposto da pena, ou seja, é na presença dela que se legitima o exercício do poder punitivo do Estado sobre aquela pessoa que praticou uma conduta definida como crime.

Um estudo crítico sobre o Direito Penal e, principalmente, sobre a sua aplicação na esfera de direitos fundamentais de pessoas reais não deve se limitar a aceder as teorias majoritárias. A pretensão de tecer críticas sobre o exercício do Direito deve ser pautado nas indagações teóricas que já foram propostas frente ao entendimento doutrinário. Tendo em vista a necessidade desse esforço para analisar com clareza o caso concreto trazido, o presente estudo analisará o conceito de Culpabilidade pela Vulnerabilidade, concebido pelos professores Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, para, então, compreender como o Direito brasileiro ainda é imbricado de reminiscências do positivismo e o do chamado Direito Penal do Autor em sua letra positivada, mas, principalmente, na sua aplicação prática (Zaffaroni *et. al*, 2017). Além disso, pretende aprofundar a análise dos autores, utilizando estudos realizados sob uma perspectiva feminista do Direito Penal para, somente assim, empreender uma forma alternativa de interpretar o caso em pauta, de forma que questões de gênero, raça e classe sejam tomadas em conta.

3.1. DA CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE

Inicialmente, Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar sustentam que a grande questão que macula as demais Teorias do Delito é sua postura negligente quanto à existência da seletividade penal. O que propõem, portanto, não é uma nova teoria, mas uma revisão do que já existe, incluindo o fato de que o sistema penal — como um todo — não opera de forma igualitária na sociedade. Isso significa dizer que é preciso revisitar o que se entende por culpabilidade, de forma a compreender que a “vontade” de cada pessoa pode ter que ser valorada de forma distinta (Zaffaroni *et. al*, 2017).

É possível pensar que, ao contrário do que se pretende, o que se sustenta é, também, um Direito Penal do Autor — uma dogmática em que se tomaria em conta as características pessoais antes do fato em si. Contudo, antecipam-se os autores ao afirmar que o que deve ser analisado é, sim, o fato em questão, e a análise subjetiva das características do agente apenas poderá operar posteriormente, para afastar ou minimizar a culpabilidade do sujeito. Esse modo de compreender a culpabilidade seria suficiente, de acordo com os autores, para afastar os resquícios do Direito Penal do Autor da Teoria do Delito (Zaffaroni *et. al.*, 2017).

Iniciam sua argumentação com uma revisitação da construção da Teoria do Delito. Demonstram que, em um primeiro momento, ela buscava abranger, apenas, as características dos fatos, excluindo qualquer análise subjetiva dos autores, sob o pálio de prestigiar o princípio da igualdade e de determinar a punição na medida do injusto praticado, construindo, portanto, um Direito Penal neutro (Zaffaroni *et. al.*, 2017). Essa pretensão, contudo, apenas contemplava uma igualdade meramente formal, deixando de lado o fato de que isso somente seria aplicável em um mundo em que todos os seres fossem idênticos.

Nesse sentido, e frente à impossibilidade de tal realidade, a dogmática precisou buscar novas formas de explicar e legitimar o poder punitivo existente. Com isso, surgem duas grandes correntes, afirmam os autores. A primeira propõe um liame retributivo da pena em que a culpabilidade decorre da possibilidade de o sujeito escolher agir em desconformidade com o direito, apesar de conhecer as normas. Essa corrente pretende “reprovar a personalidade, o caráter, condutas anteriores ou as próprias opções existenciais da pessoa, [...], ao incidirem numa *reprovação do autor* incompatível com o direito penal do ato” (Zaffaroni *et. al.*, 2017, p. 161). Já a segunda vertente busca justificar o exercício do poder punitivo em uma “razão de Estado”, ou seja, trata a punição como uma defesa social, uma prevenção, nos moldes do que fora proposto no positivismo — o delito é consequência e a periculosidade é a causa (Zaffaroni *et. al.*, 2017, p.162).

A teoria da culpabilidade aceita e amplamente defendida na doutrina e na jurisprudência brasileira, conforme demonstrado anteriormente, se filia a esse tipo de justificação da punição. Prova disso é, justamente, a resolução dada pelo judiciário ao caso concreto trazido. Isso será debatido com maior profundidade no Capítulo 4, mas já é possível perceber que argumentações que se fundamentam no que “qualquer mãe preferiria” trata mais de um

julgamento da forma como a autora conduziu sua maternidade do que sobre a punição pelo fato típico apurado.

A posição dos autores, por outro lado, é negativa da pena. Essa é a teoria que aponta o dever do direito penal diametralmente oposta ao que comumente tende-se a pensar. O papel desse campo seria, na verdade, conter o poder do Estado, deslegitimá-lo, e não o contrário. Defendem essa vertente pelo fato de as demais legitimarem a criminalização de pessoas, ora instrumentalizando o homem, ora negando-lhe sua autonomia. Independentemente do caminho que escolhem, apontam os autores que a justificação na “razão do Estado” não pode ser suficiente para violar a esfera de direitos fundamentais dos cidadãos e, por isso, negam a pena e suas “funções”. Assim, o que os autores defendem é que a Teoria do Delito deveria ser estruturada de forma a proteger os cidadãos do poder punitivo do Estado, cumprindo os princípios do *in dubio pro reo* e da *ultima ratio*, evitando, desse modo, a objetificação do indivíduo como mero instrumento do Direito (Zaffaroni *et. al.*, 2017).

Nesse mesmo sentido, ao deslegitimar o poder punitivo do Estado e buscar compreender o delito a partir de uma visão que não instrumentalize o sujeito, afasta a possibilidade de o indivíduo estar determinado ao crime, conforme sustentavam os positivistas. O livre arbítrio torna-se, assim, pressuposto da culpabilidade — visto que o determinismo que o afasta também aponta para uma periculosidade pré-existente com reminiscências positivistas — e, portanto, também da aplicação de pena. Mas a autodeterminação está longe de ser capaz de apontar se uma pessoa é ou não merecedora de punição ou da sua magnitude. Isso se dá pelo fato, argumentam os autores, de existir seletividade nas sociedades — em todas, ainda que não sejam sociedades de classe —, operando de forma determinante na delimitação do que e de quem é culpável. As teorias do delito, contudo, acabam por não a considerar (Zaffaroni *et. al.*, 2017).

Como consequência do silêncio eloquente dessas teses, coloca-se a culpabilidade como um verdadeiro juízo de reprovação, produzido em comparação entre diferentes pessoas e, muitas vezes, marcado por cargas morais, deixando de lado o fato de que a seletividade atua nesse espaço entre “ação condenável” e “condenação”. Os autores citam Juarez Tavares, que observou os elementos de culpa religiosa na moralização da culpabilidade jurídica (2011 *apud* Zaffaroni *et. al.*, 2017). Na tentativa de comparar a conduta de um sujeito com o que em tese

deveria ter realizado é feito um juízo moral que se baseia em preconcepções pessoais. O que se pune é a quebra de expectativas do direito.

Isso porque o parâmetro do homem médio utilizado pela dogmática trata de um homem que não existe, ou que, por vezes, se traduz nas posições do próprio julgador. As ações dos réus serão comparadas com as esperadas pelo magistrado, sem considerar, contudo, que a seletividade operou diferentemente em cada uma das experiências de vida. Esse conceito de culpabilidade normativa foi e é usado como forma de legitimar a violência estatal, seja se utilizando da culpabilidade do autor, do caráter, da personalidade, da condução da vida ou da decisão da vida, como se era utilizado, seja da forma contemporânea, fazendo uso de categorias como caráter e a personalidade, na dosimetria da pena (Zaffaroni *et. al*, 2017).

Esse tipo de pensamento, tendo sempre como baliza a máxima aristotélica de que o homem é capaz de escolher, leva, em última análise, na atribuição de culpa por conta de fatos atípicos e lícitos. E isso não pode ser perpetrado no âmbito do Direito Penal. Ainda que as ações de que se trate sejam imorais, o princípio da legalidade não permite que sejam valoradas *in malam partem* quando da responsabilização criminal. Esse juízo acerca da maneira como alguém decidiu viver sua vida anteriormente ao fato analisado aponta para o Direito Penal do Autor, uma vez que o que se analisa e condena não é o fato, mas o sujeito e suas escolhas (Zaffaroni *et. al*, 2017).

Não cabe ao Direito “desenganar-se” com a conduta do indivíduo e muito menos majorar sua culpabilidade por isso. Não cabe, além disso, ao sujeito, ser responsabilizado pela manutenção e estabilidade do sistema jurídico-penal. A individualização da pena — assegurada no artigo 5, XLVI, da Constituição Federal —, uma vez incluída no gol das garantias individuais, não permite a sustentação da aplicação da pena por meras quebras expectativas de conduta por parte do Estado em relação a ações lícitas e atípicas (Zaffaroni *et. al*, 2017; Brasil, 1988).

Em contrapartida a essa visão, propõem os autores que o juízo da culpabilidade deve, sim, ser feito levando em conta características pessoais do agente, uma vez que é inevitável e necessário, sob pena de ferir o princípio da individualização das penas. Contudo, o que se sustenta é que essa comparação seja realizada tendo em consideração o que se poderia esperar daquele sujeito específico frente a como agiu, em detrimento de ter como parâmetro um

terceiro imparcial e inexistente, de quem tudo se pode esperar. Para além disso, essa análise seria usada somente no sentido de retirar ou amenizar a culpabilidade do sujeito, e nunca para aumentá-la (Zaffaroni *et. al*, 2017)

Para isso, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2017) estabeleceram uma forma alternativa de se aferir a culpabilidade de um sujeito que toma em conta a seletividade do sistema penal, chegando, portanto, na culpabilidade por vulnerabilidade do autor.

Em primeiro lugar, o vínculo entre autor e delito deverá ser aferido a partir do Grau de Perigosidade do Sistema Penal. O segundo passo, por consequência, é, justamente, aferir essa graduação. O Grau de Perigosidade do sistema é determinado, em princípio, pelo Estado de Vulnerabilidade, que é composto por dados referentes à classe social, profissão, escolaridade, rendimentos, endereço de residência, etnia, religião, gênero e orientação sexual, por exemplo (Zaffaroni *et. al*, 2017).

Nesse momento são levados em consideração todas as características que podem ser estigmatizadas em sociedade ou que de alguma forma interfiram na forma que se inserem na hierarquia social. Em um quarto momento, o que se propõe é a percepção de que a criminalização não é igual ainda que pessoas possuam o mesmo Estado de Vulnerabilidade. Ou seja, mesmo que duas pessoas possuam as mesmas características e estejam inseridos no mesmo contexto social, não se pode inferir que ambas serão criminalizadas igualmente. Isso desencadeia uma nova questão acerca do que preenche o espaço entre ser potencialmente criminalizável e de fato ser criminalizado (Zaffaroni *et. al*, 2017).

O que completa essa lacuna, segundo os referidos autores, é o Esforço por Vulnerabilidade, que, por sua vez, consiste no esforço pessoal do agente para alcançar a concreta situação de vulnerabilidade (responsabilização penal) (Zaffaroni *et. al*, 2017).

Isso quer dizer que, como regra geral, pessoas que estão sujeitas a um maior Estado de Vulnerabilidade desempenham menor esforço para terem suas ações criminalizadas. Essa afirmação, contudo, não pretende dizer que há relação direta ou necessária entre essas informações, ou seja, é possível que uma pessoa com baixo grau de Estado de Vulnerabilidade tenha de fazer pouco esforço para se ver criminalmente responsabilizado por suas ações ou o contrário. Os autores apenas propõem uma tendência (Zaffaroni *et. al*, 2017).

Nesse sentido, a análise da culpabilidade pela vulnerabilidade consiste em adicionar o Esforço por Vulnerabilidade no cálculo da culpabilidade do autor. Assim, se cria um vínculo entre sujeito e o injusto, porém, ao final, ter-se-á em consideração o esforço pessoal que foi necessário empreender para que a situação de vulnerabilidade em que o indivíduo se encontrou se tornasse fática. Esse juízo seria capaz de diminuir a culpabilidade e, portanto, a pena, mas também de ser causa excludente, caso o esforço fosse ínfimo (Zaffaroni *et. al.*, 2017).

Sustentam essa posição sob o argumento de que, na realidade de toda a América Latina, mas mais especificamente no Brasil, a população é constantemente ameaçada pelas violências perpetradas contra as populações mais vulneráveis — seja essa violência vinda das mãos do Estado, seja vinda das instituições externas a ele. Como consequência desse movimento e da primazia da pena de prisão, o Estado vê-se sem condições de abrigar a todos que pretende punir, gerando ainda mais violência institucional no sistema carcerário (Zaffaroni *et. al.*, 2017).

Desse modo, e tendo em conta que o dever do Direito Penal é, justamente, restringir o poder punitivo e violento do Estado, essa seria uma forma de estabelecer uma certa “ordem” na descriminalização e na redução do poder do Sistema Penal. O que se discute é uma forma de tirar do âmbito de aplicação da pena aquelas pessoas que não tiveram “vontade” de incorrer em criminalização ou que, em algum grau, quiseram “pouco” (Zaffaroni *et. al.*, 2017).

A posição sustentada seria capaz de excusar sujeitos que a “culpabilidade normativamente concebida” — aquela defendida pela dogmática e pela jurisprudência — não seria capaz de afastar a pena. A consequência do juízo do esforço pela vulnerabilidade ao final da análise da culpabilidade (por vulnerabilidade) seria a de diminuir a influência da seletividade que atua nos demais elementos da culpabilidade normativa — voluntariedade, consciência e possibilidade/dever de agir (Zaffaroni *et. al.*, 2017).

3.2. PERSPECTIVA DE GÊNERO NA CULPABILIDADE

A proposta do presente estudo é a de analisar, de forma crítica, o modo como a dogmática entende a Teoria do Delito no Brasil e a influência que esses pontos de vistas

podem exercer na aplicação prática do Direito Penal. O objetivo do estudo é identificar, a partir dessa análise dogmática em conjunto com um estudo de caso concreto, como o fator gênero pode influenciar nas decisões dos juízes. Para tanto, escolheu-se um caso em que, mesmo em contexto de violência doméstica reconhecida pelo juízo, uma mãe foi condenada à título de crime omissivo impróprio, sob argumentação de que devia e podia ter se conduzido de forma a evitar os acontecimentos criminosos.

O Capítulo 4, escrito por Carolina Costa Ferreira e Marília de Nardin Budó, do livro *Manual de Direito Penal com Perspectiva de Gênero*, organizado pelas autoras Carmem Hein de Campos e Ela Wiecko V. de Castilho, trata do mesmo tema, também a partir de um caso concreto que envolve o contexto de violência doméstica em que uma mulher mãe foi condenada por omissão imprópria. O referido texto articula diversas teorias e estudos com o fim de demonstrar que, no sistema jurídico, categorias de raça, classe e gênero são, sim, determinantes na forma como um sujeito é visto, entendido e julgado. Por esse motivo, será trazido como paradigma teórico para a avaliação do processo estudado (Ferreira; Budó, 2022).

No mesmo sentido do que trazem Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2012), as autoras denunciam a suposta científicidade da dogmática penal. Justificam essa posição pelo fato de essa neutralidade defendida não se concretizar na aplicação ou mesmo na interpretação das normas, servindo apenas como uma forma de evitar os debates acerca do machismo, do racismo e do classismo que operam na realidade brasileira e, de muitas maneiras, determinam a forma como o sistema penal operará frente a esses corpos (Ferreira; Budó, 2022). As autoras defendem que a separação entre teoria e prática, instrumentalizada pela dogmática penal como forma de “facilitar” o entendimento das categorias com que trabalha, não é usada apenas com fins didáticos, mas com o objetivo de perpetuar discriminações.

No mesmo sentido, Vera Regina Pereira de Andrade (2003) explica que a dogmática utiliza como paradigma um conceito de ciência, cunhado na Europa continental do século XIX, que possui os seguintes pressupostos básico:

- a) a consolidação de um conceito moderno de Ciência, basicamente voltado ao seu caráter sistemático e coerência lógico-formal;
- b) a separação entre teoria e práxis (não obstante a funcionalização prática da teoria) e a consequente afirmação de um modelo de saber jurídico como atividade essencialmente teórica, presidida por uma atitude axiologicamente neutra e tendencialmente descriptiva;

- c) a superação das (modernas) doutrinas de Direito Natural e a historificação do objeto do saber, através da paulatina identificação entre os conceitos de Direito e norma jurídica (Lei) num primeiro momento, e, a seguir, entre Direito e sistema conceitual ce Ciência;
- d) a consolidação de um conceito moderno de Estado caracterizado pelo monopólio estatal da violência física, da criação e aplicação do Direito por processos decisórios e a consequente estatalização, normativização (realizado pela codificação) e positivação do Direito;
- e) separação de poderes, com a distribuição de competências do monopólio estatal da criação e aplicação do Direito entre o Poder Legislativo e o Judiciário, tornado independente e “autônomo”;
- f) a ênfase sobre a segurança jurídica como certeza de uma razão abstrata e geral, resultante de um Estado soberano (Andrade, 2003, p. 24-25).

Nesse viés, o próprio conceito de dogmática jurídica é posto em causa, uma vez que a pretensão de se enquadrar nesse conceito moderno de “ciência” implica essa instrumentalização de modelos gerais que a tudo expliquem, em nome dessa segurança jurídica supostamente indispensável e inatingível de maneira diversa (Andrade, 2003).

Vera de Andrade sustenta no mesmo sentido. Propõe a autora que a construção desse “sistema” de conceitos, manejado pela dogmática no sentido de tornar o Direito mais “didático”, se utiliza de métodos de interpretação que são voltados para dentro do campo das próprias normas (Andrade, 2003). Isso porque um dos objetivos da Dogmática Jurídica é o de trazer Segurança Jurídica ao campo, ou seja, uniformizar e tornar previsíveis as soluções de casos iguais.

A consequência disso, segundo a autora, é a de “neutralidade valorativa”, em que o sistema jurídico pensado pela dogmática torna-se isento aos grupos políticos, econômicos e mesmo às classes sociais. Essa descontextualização do Direito, produzida propositalmente pela Dogmática Jurídica, conforme Vera de Andrade (2003), é o que permite que esse sistema jurídico possa ser aplicado a qualquer sociedade, sem necessitar de adequações.

As autoras defendem, contudo, no mesmo sentido do que Vera de Andrade postula, que essa pretensa científicidade da dogmática é utilizada para a manutenção das estruturas de poder já imbricadas na sociedade brasileira (Ferreira; Budó, 2022). E isso ocorre quando se coloca como paradigma um sujeito universal que deveria transparecer neutralidade, mas que carrega os valores de parcela específica da sociedade. E assim, criminaliza-se pessoas determinadas, conforme também apontava Zaffaroni *et al* (2017). As autoras operacionalizam os próprios conceitos trazidos pelo teórico na obra analisada, mas vão além, pois procuram

demonstrar como o grau de periculosidade de que trata o autor é ampliado quando imbricado pelas relações de gênero/sexo (Ferreira; Budó, 2022).

O proposto é, portanto, que cada lei é criada por pessoas que carregam em si as marcas de suas próprias vivências. Falam de um lugar específico que determina a forma como experienciaram o mundo. Da mesma forma, a dogmática interpreta essas mesmas leis a partir de uma idiossincrasia individual, marcada, também, pela maneira como perceberam e foram percebidos pela sociedade. E essa é uma realidade de que não se pode fugir, tendo em vista que cada indivíduo enfrentará situações relativamente diferentes dos demais e, a partir disso, perceberá o mundo de forma única. O problema reside, portanto, na tentativa legislativa e dogmática de — por “motivos didáticos”, conforme afirmam — generalizar e universalizar as categorias analíticas do Direito Penal, afirmando se tratar de uma teoria neutra. Isso porque a consequência desse movimento é a inviabilização das forças seletivas e discriminatórias que operam diferentemente em cada grupo social (Ferreira; Budó, 2022), conforme também defendia Zaffaroni *et al.* (2017).

No mesmo sentido sustenta Giulia Maycá (2018). A autora propõe que as teorias difundidas pela dogmática foram produzidas e pensadas para abranger a experiência de pessoas determinadas, de camadas sociais, gênero, raça e classe determinados. E a reprodução desses pensamentos ocorre, justamente, pois são apenas as pessoas que pertencem a esses grupos majoritários que possuem meios para se fazer reproduzir academicamente.

De forma semelhante se posiciona Camila Cardoso de Mello Prando (2017), ao analisar a interpretação do que significa “violência ou grave ameaça” no tipo de estupro. A autora faz uma crítica à Dogmática Jurídica ao mostrar que, ainda que o tipo penal seja capaz de abranger todos os tipos de violência, conforme postula o texto do Código Penal, a interpretação do que cada parte da tipologia significa é capaz de alterar de forma significante a eficácia da previsão legal. Isso quer dizer que, ainda que, em princípio, a lei se mostre neutra e a dogmática postule que sua sistemática seria aplicável a todos, o fato de a interpretação do que se caracteriza “violência” ser diferente em casos distintos — a depender do gênero da vítima, nesse caso — já é suficiente para retirar a imparcialidade da dogmática.

Partindo dessa premissa, as autoras levantam o questionamento acerca das pessoas que criam, interpretam e aplicam as leis. Se todo conhecimento é localizado e, por conseguinte,

enviesado, é preciso questionar quem cria, quem interpreta e quem aplica as leis, de forma que se torne possível compreender como as normas, a doutrina e as sentenças podem estar marcadas por opiniões pessoais desses sujeitos (Ferreira; Budó, 2022). Nesse sentido, perguntam as autoras:

E quem são esses juristas que escrevem sobre o dever de cuidado, proteção e vigilância, enquanto as mulheres cuidam dos seus filhos, doentes e idosos? Quem são os pensadores sobre os sentidos da autoria citados em sentenças penais? [...] Quais são os limites à sua liberdade quando interpretam a reprovabilidade da conduta de alguém? [...] Que lugar seus corpos ocupam no mundo, quando teorizam sobre o consentimento nos crimes sexuais? (Ferreira; Budó, p. 157-158).

O Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, cuja implementação tornou-se obrigatória com a Resolução CNJ nº 492/2023, respondeu a essa pergunta, afirmando que o parâmetro utilizado é o “sujeito jurídico universal e abstrato”, que tem como padrão o “homem médio”, ou seja, homem branco, heterossexual, adulto e de posses” (Brasil, 2021, p. 35). Pergunta-se, nesse sentido, se as expectativas e experiências desse “homem médio” podem ser generalizadas a ponto de responder satisfatoriamente o que é cabível ou não esperar da população brasileira que, em sua maioria, não é homem, não é branco e não tem posses.

Outra pergunta essencial do trabalho das autoras e que é objeto de crítica no presente estudo é o fato de a dogmática penal ignorar a existência dessas diferenças em suas abordagens teóricas, dissociando a teoria da prática. A ausência de menção às desigualdades que existem no Brasil, contudo, não as tornam inexistentes no plano da realidade e, por isso, não podem deixar de fazer parte das decisões judiciais que aplicam o Direito. Nesse sentido, não pode a doutrina se eximir do seu papel didático e formador de opiniões dos aplicadores da lei, imiscuindo-se da responsabilidade de tratar a teoria nos limites de como ela poderá ser executada.

Para tanto, a proposta é a de que é preciso conhecer o local de onde se criam, interpretam e aplicam as leis, na mesma proporção em que se conhece o local de onde são recebidas. Há, nesse sentido, a necessidade de localizar os discursos que prevalecem na dogmática penal para comprehendê-la por completo. Mas, mais que isso, é preciso compreender o porquê de as teorias majoritariamente difundidas serem — de certo modo — uníssonas em suas posições (Ferreira; Budó, 2022).

É desse modo que as autoras apontam para outra questão problemática da construção doutrinária brasileira: a tradução literal de teorias produzidas no norte central, sem que haja a devida adaptação para a realidade aqui encontrada (Ferreira; Budó, 2022). Quem acede a esses conteúdos estrangeiros para, então, trazê-los para a América Latina, em sua maioria, faz parte desses mesmos grupos privilegiados da população que julgam conforme o Protocolo do CNJ, dificilmente marcados pelas mesmas experiências dos sujeitos a quem essas teorias são aplicadas no sistema penal.

A consequência lógica desse cenário é a universalização de categorias que falham em identificar a forma como o sistema opera e oprime no panorama brasileiro. O que desencadeia, segundo as autoras, um movimento de humanização do operador do direito, que terá, portanto, direito de dizer o que é certo ou esperado, e desumanização e objetificação daqueles a quem as leis serão aplicadas e de quem se espera determinados comportamentos.

Essas vozes que conseguem reproduzir conhecimentos eurocêntricos e consolidados no norte global são, justamente, as que acabam por serem ouvidas, respeitadas e reproduzidas nas universidades, na doutrina e na jurisprudência do país. E vozes que poderiam trazer perspectivas e posições distintas, pouco — ou nada — são apresentadas àqueles que, um dia, operarão o Direito. Cria-se um ciclo de reprodução de generalização e invisibilização, conforme denunciado pelas autoras (Ferreira; Budó, 2022).

Prando (2017) sustenta da mesma forma ao propor que a grande questão por trás da seletividade que opera no sistema penal e na criminalização secundária de corpos específicos é a forma como as categorias são conceituadas na Dogmática. Nesse sentido, a reprodução desses significados — que foram atribuídos por grupos que ocupam as posições de poder — ainda que aplicados a tipos penais neutros, reproduz essa desigualdade de que se fala.

Ocorre que essas lentes de interpretação dos elementos do tipo penal não são auto-evidentes. Os enquadramentos do que se nomeia como violência ou grave ameaça não estão dispostos em lei. São parte de um processo de construção do discurso jurídico, do qual participam doutrinadores e atores do sistema de justiça criminal. Se os autores desse discurso social afirmam que a grave ameaça não pode ser sustentada e argumentada nesta cena, é porque também o enquadramento desta cena está informado por grupos de casos que de antemão foram, ao longo da história punitiva, selecionados (Prando, 2017).

É nesse cenário que a epistemologia feminista pode ser utilizada em favor da construção de uma dogmática mais aberta ao discurso localizado. Afinal, um dos objetivos do feminismo é, justamente, demonstrar a influência das diferentes vivências na forma como se experiencia o mundo e como se é interpretado pela sociedade. E é a partir dessa forma de construir o saber que o referido texto e o presente estudo pretendem analisar o caso concreto escolhido.

É necessário sabermos onde estamos e quem somos para compreender os motivos pelos quais formulamos perguntas que outras pessoas não formulam, e que outras pessoas formulam perguntas que nós não formulamos. Essa é uma das rupturas fundamentais das epistemologias feministas com a ciência tradicional: a ruptura da concepção do sujeito mítico cognoscente universal que é único e eterno (Ferreira; Budó, 2022, p. 158)

O que se propõe, tanto no texto analisado, quanto no presente estudo, é utilizar um caso concreto para ilustrar a forma como as categorias e os conceitos trazidos pela doutrina para instrumentalizar a Teoria do Delito atingem diferentemente pessoas em razão de fatores extrajurídicos e que ultrapassam o fato em si. A análise da práxis do sistema jurídico criminal mostra como a teoria não é capaz de conter a prática quando os “sujeitos” do direito interpretam e aplicam as leis para “os outros” (Ferreira; Budó, 2022).

Nesse sentido, a teoria feminista apresenta, também, uma forma de solucionar a questão levantada por Prando (2017). Isso porque a partir de uma nova interpretação situada das categorias da dogmática penal, seria possível abranger as condutas que, hoje, são excluídas dos conceitos que formam os tipos penais. Um exemplo, que se aplicaria ao caso tratado, seria a inclusão da violência doméstica na acepção de “violência ou grave ameaça”.

Há que se fazer o adendo, que também é feito pelas autoras no livro, sobre a importância da ampliação posterior desse debate, com a internacionalização das demais categorias marcadoras de discriminações estruturais como a raça e a classe que, infelizmente, não serão plenamente abordadas no escopo do presente estudo (Ferreira; Budó, 2022). Encoraja-se aqui, que cada vez mais estudantes se empenhem em trazer essa discussão para o meio acadêmico e jurisprudencial, ampliando-o de forma a abordar a mais ampla variedade de categorias possível e levando-o ao conhecimento de quem irá, um dia, julgar.

4. DA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO CONCRETO

O presente trabalho, desde o seu início, informou sobre sua pretensão de produzir uma análise crítica do caso concreto a partir de uma comparação entre interpretações da doutrina e jurisprudência majoritárias e teorias críticas que levam em conta a seletividade penal e a interferência dos papéis atribuídos aos gêneros, em sociedade. É nesse capítulo que se pretende concretizar essa audaz pretensão.

4.1. CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE APLICADA AO CASO CONCRETO

Em primeira análise, é preciso comparar a forma como a culpabilidade seria atribuída em cada uma das posições quando se trata de responsabilização pela omissão. A doutrina majoritária, conforme demonstrado no Capítulo 2, comprehende que será culpável o agente imputável que, de forma voluntária, deixa de agir para deter a ocorrência de um resultado naturalístico que tinha dever de impedir, além de ter, ao tempo da omissão, meios eficazes para tal e potencial consciência sobre a ilicitude de sua conduta.

A análise de cada um desses critérios será analisada a partir de uma comparação com as condutas que se presume de um “homem médio”, considerando, ainda, que não pode o ordenamento jurídico esperar que nenhum cidadão haja de forma heroica ou especialmente custosa para si mesmo.

Foi esse o entendimento que se utilizou para basear Sentença e Acórdão, no processo acima trabalhado. Isso fica claro quando se tem em conta que um dos argumentos trazidos pela promotoria e ratificados pelos magistrados foi o de que “qualquer mãe” deveria preferir ser expulsa de casa e tornar-se moradora de rua com seus filhos, do que se omitir frente a violência sexual. O que se faz nesse argumento é, justamente, comparar a conduta da acusada ao que se considera a expectativa do “homem médio”, ou, na perspectiva da criminologia feminista, é tecer um julgamento sobre a qualidade da maternidade. Não há como se dizer, contudo, que com esse argumento se analisou o fato delituoso propriamente dito.

Uma das questões problemáticas, nos termos do que propõe a crítica à dogmática tradicional, é o ponto de vista nada neutro de que parte a visão desse “homem médio”. O

Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, produzido pelo CNJ em 2021 aponta, também, nesse sentido:

A criação, a interpretação e a aplicação do direito não fogem a essa influência, que atravessa toda a sociedade. Nesse contexto, em termos históricos, o direito parte de uma visão de mundo androcêntrica. Sob o argumento de que a universalidade seria suficiente para gerar normas neutras, o direito foi forjado a partir da perspectiva de um “sujeito jurídico universal e abstrato”, que tem como padrão o “homem médio”, ou seja, homem branco, heterossexual, adulto e de posses (Brasil, 2021, p. 35).

Tendo em vista que a perspectiva do referido padrão parte da experiência de um homem branco, hétero, adulto e de posses, como traz o texto do CNJ, não seria arriscado dizer que essa visão pouco de adequaria na interpretação de uma situação vivida por uma mulher, pobre, que não possui casa própria.

Apreciado o caso a partir da perspectiva da culpabilidade normativa, por outro lado, conforme denominam Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia (2017), tem-se que: a ré é imputável, visto que maior de 18 anos e ausente qualquer doença mental que impedissem seu entendimento sobre o caráter ilícito de sua conduta, conforme o artigo 26 do Código Penal. Entendeu-se que seria possível falar em voluntariedade, afastando a possibilidade de exclusão da tipicidade por coação física irresistível, uma vez que a ré declarou que, em dado momento — e sob ameaça — consentiu com os abusos.

A acusada tem o dever de proteger decorrente da lei, conforme o artigo 13, § 2º, alínea “a” (Brasil, 1940), do mesmo código, pelo fato de ser mãe da vítima. A ré demonstrou, ainda, em seus depoimentos, que possuía consciência da ilicitude de seus atos, tendo apenas deixado de agir por medo, mas nunca por desconhecer a gravidade de sua omissão. Por fim, a partir desse ponto de vista, possuía meios eficazes para fazer cessar as agressões, tendo em vista que poderia ter saído de casa ou mesmo testado a veracidade das ameaças de morte do corréu e o denunciado. Desse modo, partindo de uma análise doutrinária e jurisprudencial, existe culpabilidade da ré e, assim, resta respaldada a condenação.

Os autores determinam, contudo, que a comparação não deve ser feita em relação à conduta esperada de um terceiro inexistente, uma vez que isso se traduziria nas opções pessoais do julgador — pelas lentes do suposto “homem-médio” (Zaffaroni *et. al.*, 2017). Nesse sentido, seria necessário empreender uma análise sobre as condutas da ré frente ao que

se podia esperar dela mesma. Seria possível exigir de uma mãe que escolhesse entre dois males dessa dimensão? Existiria, para essa mãe, uma escolha correta entre submeter seus filhos a situação de rua ou ao abuso sexual? Essas perguntas talvez sejam demasiadamente complexas para serem respondidas com total precisão no bojo do presente estudo, porém, o que se propõe na teoria dos autores, é que, ao menos, elas deveriam adentrar o escopo de discussão da culpabilidade da ré no âmbito da Sentença e do Acórdão proferidos para condená-la.

Seguindo o caminho desenhado pelos professores, seria necessário analisar, para além de todas as categorias trazidas pela doutrina, o esforço pela vulnerabilidade (Zaffaroni *et. al*, 2017). Assim, trata-se de conduta consciente, em que a ré possuía o dever de agir, possuía, em tese, a oportunidade de impedir o resultado de forma eficaz e teve livre arbítrio — aqui entendido de uma forma ampla e pouco criteriosa, segundo os autores, pois o que se pretende analisar nesse momento é se havia a possibilidade de uma ação — em contraposição a uma pessoa que estivesse sob coação física, por exemplo. Desse modo, o juízo inicial chegaria às mesmas conclusões que a doutrina tradicional. Contudo, em um segundo momento, para os teóricos, o magistrado deveria proceder a análise do Esforço pela Vulnerabilidade empreendido pela ré para, só então, decidir sobre sua culpabilidade.

Para tanto, inicia-se buscando determinar qual o Grau de Perigosidade do Sistema Penal frente à pessoa da ré especificamente. Para isso, é preciso analisar seu Estado de Vulnerabilidade que, por sua vez, diz respeito àquelas características que influenciam na sua posição na “hierarquia social”, conforme apresentado no capítulo anterior. É preciso ponderar, portanto, sua situação de desemprego, no momento em que admitiu ter sido omissa quanto aos abusos sofridos (Zaffaroni *et. al*, 2017).

Aliado a isso, há que se considerar que não possuía casa própria ou renda independente, de forma que não poderia deixar o ambiente em que se perpetravam os crimes sem submeter a si e a seus filhos à situação de rua. Outro fator a ser considerado é a falta de uma rede de apoio, uma vez que, em decorrência de seu relacionamento com o réu, teve seus laços familiares cortados.

Assim, além de estarem ausentes as possibilidades de buscar ajuda de sua família para denunciar a situação, não havia para quem recorrer quanto à ajuda financeira ou de habitação.

É essencial se considerar, ainda, seu gênero como fator determinante na relação de poder que era exercida no contexto fático. A ré estava submetida a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, assim como seus filhos. Sofria violência física, psicológica e patrimonial, nos termos do artigo 7º, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e foi afastada da convivência familiar, tendo seus vínculos com quem podia ajudar cortado (Brasil, 2007).

A partir dessas considerações acerca das características pessoais da ré é possível inferir que seu Estado de Vulnerabilidade era alto e, portanto, o Grau de Periculosidade do Sistema Penal frente a ela, também, uma vez que todos os fatores acima listados operam para aumentar a chance de a ré ser alvo do sistema penal. Isso significa dizer que sua chance de ser criminalizada era, mais uma vez, alta. Daí se extrai que seu Esforço por Vulnerabilidade foi extremamente reduzido, ou até nulo, uma vez que não demonstrou vontade ou mesmo empreendimento volitivo para o cometimento do delito.

O juízo quanto ao esforço que foi feito para atingir a criminalização secundária tem por base o princípio de que devem ser culpabilizados, primariamente, aqueles que desejaram e se empenharam em colocar-se em situações delituosas. Deve-se culpabilizar com menos veemência aqueles que persistiram relativamente menos que esses. E não se deve atribuir culpabilidade àqueles que nada se dedicaram à prática criminosa. Partindo dessa premissa, o fato de a ré estar submetida a diversas situações que a colocaram em posição de corroborar com a prática delituosa e, ainda assim, ter demonstrado resistência ao desvio e somente incorrido no tipo a título de medo de retaliação por parte do réu, seria suficientemente capaz de afastar sua culpabilidade, ou, ao menos, minorá-la. Por óbvio que o juízo quanto a graduação do esforço poderia ser objeto de ponderação pelo magistrado podendo, inclusive, ser afastado, caso assim entendesse. Todavia, deveria, sempre, ser tema de análise nas decisões judiciais.

A ausência de apreciação das características fáticas em que se deu o delito analisado, para a teoria proposta pelos autores, seria determinante para a manutenção da seletividade penal que opera no ordenamento jurídico. Sem a consideração de que se trata de uma mulher, mãe de dois filhos menores de 12 anos, desempregada, desamparada pela família e em situação de violência doméstica, e que, por esses motivos, era especialmente suscetível a criminalização pelo sistema penal que pessoas com menor Estado de Vulnerabilidade, o Direito Penal apenas perpetua a desigualdade. Isentando-se, dessa maneira, do papel essencial

de controlar o poder punitivo do Estado e de diminuir, ao máximo, sua atuação violenta contra pessoas já vulnerabilizadas.

Na perspectiva dos autores, essa seria uma situação em que deveria ser afastada a culpabilidade, deixando o sistema penal de atuar para punir a ré. Isso porque analisando o seu Esforço pela Vulnerabilidade, tem-se que foi mínimo, ou mesmo nulo. A partir dessa constatação os autores consideram alguns fatores: o sistema carcerário do Brasil — e da América Latina, como um todo — sofre com a superlotação e com a precariedade de recursos. Se esse é o caso e o poder público não possui os meios para garantir a punição nos moldes do que a Constituição determina, então deve-se poupar dessa penalização justamente aqueles que pouco ou nada concorreram para sua criminalização secundária.

Além disso, é preciso considerar que o Direito Penal — e o sistema criminal — tem o condão principal de minimizar o poder punitivo do Estado, de controlá-lo, de forma que as violências por ele produzidas sejam minoradas ao máximo (Zaffaroni *et. al*, 2017). Nesse caso, trata-se de uma família atingida fortemente pela violência perpetrada pelo réu e que, conforme demonstrado nos Estudos Psicossociais, o Estado não foi capaz de prover a assistência ideal — não havia vagas para acompanhamento psicológico para a vítima, apesar das tentativas da mãe.

Tendo em vista que as violações que essa vítima teve que enfrentar já foram severas e não foram remediadas satisfatoriamente pelo Estado, não cabe a ele acirrar ainda mais a questão, afastando a mãe do lar. Os mesmos estudos que informaram que a vítima estava em situação violenta, apontaram que após o afastamento do réu, a família estava reestruturada, as crianças bem cuidadas, assíduas e com bom desempenho escolar e relatando estarem felizes e seguras na companhia da mãe. Esses mesmos relatórios recomendaram como tratamento o reencontro e a reaproximação familiar, para reconstruir os laços que foram abalados com o acontecido. Foram anos de convivência pacífica, em que a vítima e seu irmão moraram novamente com a mãe e reconstruíram seus laços e sua rotina após findado o abuso. Não deveria o Estado revitimizar essas crianças e quebrar, novamente, suas relações familiares.

4.2. PERSPECTIVA DE GÊNERO APLICADA AO CASO CONCRETO

O objetivo da presente pesquisa, conforme apresentado anteriormente, é estudar a forma como a dogmática jurídica falha em demonstrar como a prática penal trata diferentemente os indivíduos. A partir desse momento, tratar-se-á sobre como os papéis de gênero influenciam nessas decisões judiciais. Para tanto, é preciso compreender quais são esses papéis que foram atribuídos às mulheres ao longo do tempo e quais os significados atribuídos a eles no Direito Penal.

Apesar de Cesare Lombroso e Raffaele Garofalo serem considerados os pais da Criminologia Moderna, Zaffaroni coloca o livro “*Malleus Maleficarum*” como o primeiro texto que trata do assunto, tendo sido publicado no ano de 1489. (Maycá, 2018). A referida obra trata-se de um guia para o combate às práticas hereges — o que hoje se sabe tratar de uma verdadeira perseguição das mulheres, uma vez que eram consideradas pessoas de corpo e mente frágeis, menos capazes de ater-se aos dogmas cristãos (Maycá, 2018).

Esse entendimento e tratamento dirigido ao gênero feminino perdurou por toda a Idade Média, ou seja, dos séculos XII ao XVIII. Como consequência desse longo período de julgamento, condenação e morte de mulheres por serem "bruxas" — fracas, intelectualmente incapazes, suscetíveis às tentações — a forma como o gênero foi compreendido foi fortemente afetada. E em decorrência disso ficou, de certa forma, condicionado no consciente coletivo que as mulheres necessitariam de auxílio dos homens para sua vida pública. Até o casamento seria responsabilidade de seu pai e, após, de seu marido. E com isso, seria seu papel o cuidado com o ambiente doméstico e privado (Maycá, 2018).

É preciso fazer um recorte, nesse momento, para destacar que esse movimento de colocar as mulheres em funções exclusivamente domésticas não pode ser generalizado. Conforme leciona Bell Hooks (2019), é preciso pontuar de quais mulheres se está falando. Às mulheres negras também foi atribuído o papel de mentalmente inferiores e suscetíveis às tentações não-cristãs, mas isso não se traduziu em limitação ao seu ambiente doméstico. Ou seja, por mais que os estigmas tenham atingido, ainda foram — e são — consideradas aptas aos trabalhos braçais e externos, diferentemente da mulher branca, sendo submetidas, em nosso país, ao processo de escravização e trabalho forçado da mesma forma que os homens.

Ainda há que se destacar a forma como, no Brasil e países da América Latina, em que a escravização das pessoas negras e indígenas foi tão expressiva, os corpos negros sofreram ainda mais estigmas e, no caso das mulheres, ainda mais sexualização. Nesse sentido, o estereótipo de “sedutora” foi ainda mais marcante no caso das mulheres negras (Hooks, 2019).

Após o “Martelo das Feiticeiras” — “*Melleus Maleficarum*” — a criminologia produziu pouco conteúdo voltado especificamente à criminalidade feminina. Até Lombroso publicar “A mulher delinquente”, em resposta a sua primeira obra, que se referia apenas aos homens desviantes, apenas constam algumas pequenas referências, mas são poucos os registros das mulheres na construção da criminologia. O que é especialmente curioso, tendo em vista que a produção teórica dos anos XVIII e XIX foi expressiva (Maycá, 2018), tendo sido marcada pelo Movimento Iluminista e pelo ideário de igualdade como pressuposto do Estado. Nesse novo momento:

os direitos e deveres atribuídos às mulheres eram, eminentemente, decorrentes do olhar social acerca das obrigações delas com relação a outros, ou seja, da mulher como mãe para o filho ou como esposa para o marido, pouco ou nada se conferia de direitos à mulher como indivíduo e cidadã (Maycá, 2018, p. 14).

O Direito, portanto, atuou como um instrumento de reprodução da visão já estigmatizada da mulher, perpetuando seu status de mero objeto de direito e nunca como sujeito individual. A mulher é retratada como um ser que apenas é “útil” aos propósitos domésticos e de cuidado.

Lombroso foi responsável pela instauração da Criminologia Moderna e, além do seu livro sobre o homem delinquente, escreveu uma versão para as mulheres delinquentes. Nele, observou existirem dois tipos de mulheres criminosas: as que se atinham aos males domésticos e apenas esporadicamente poderiam se associar para a prática do mal, e aquelas que assim eram consideradas por quebrar o padrão comportamental esperado, ou seja, por ter comportamentos ditos “masculinos” (Maycá, 2018).

Outra contribuição teórica para a construção dessa visão da mulher foi a construção da Vitimologia, como ramo da Criminologia. Ao estudar a vítima mulher, perpetuou os estereótipos de comportamento e atribuiu parte da culpa dos crimes às pessoas vitimadas. Isso

porque colocou características femininas específicas como determinantes para a vitimização em delitos sexuais (Maycá, 2018).

Novas teorias criminológicas passaram a analisar a forma como a interação social e os fatores externos ao indivíduo podem ser determinantes na delinquência e, com isso, as concepções acerca da predeterminação de um determinado indivíduo — ou de um determinado gênero — para o delito começaram a ser questionadas (Maycá, 2018).

Foi nesse contexto que a Criminologia Feminista surgiu e começou a questionar as formas como a própria interpretação do Direito Penal, até então difundidas, estavam marcadas pelos estigmas de gênero e concorriam na reprodução dessas violências estruturais (Maycá, 2018).

Essa pequena retomada da história criminológica serve apenas para demonstrar que a construção social do gênero feminino carrega reminiscências de todo esse arcabouço de “características” atribuídas às mulheres. No entanto, é preciso localizar de quais mulheres se falava, quando se enunciaram tais rótulos. Segundo os referidos textos, sobre elas é entendido que não são suficientemente capazes de gerir sua vida pública e resistir às tentações apresentadas pelo mundo. A elas é atribuído o papel de desvirtuar os homens do seu caminho “correto”. A elas é, portanto, atribuída a vida doméstica, o cuidado e a gestão do ambiente privado da família. E fica claro, a partir dessa breve retomada dos estudos sobre a criminalidade feminina, que a culpabilização das mulheres esteve sempre relacionada à frustração dos papéis de “boa mãe”, “boa esposa”, “boa dona de casa” e “boa mulher” (Maycá, 2018).

Contudo, não é possível generalizar esse entendimento para todas as mulheres. Isso porque às mulheres negras, por exemplo, não foi atribuído apenas o trabalho doméstico, mas lhes foi imposto o trabalho braçal escravo. As mulheres negras, além disso, tiveram seus corpos especialmente sexualizados e despidos de autodeterminação (Hooks, 2019). O gênero feminino, por conseguinte, abarca tais expectativas de comportamento pela sociedade, mas, em sua pluralidade, possui nuances sobre qual papel lhes é atribuído e, consequentemente, que tipo de conduta é esperada. É nesse sentido que os papéis de gênero são reproduzidos no âmbito do Direito Penal, operando de forma diferenciada, a depender das características individuais de quem está sendo julgado.

Se, conforme determinam os doutrinadores da dogmática penal, a culpabilidade de uma pessoa deve ser aferida a partir de um esforço intelectual em que se compara a conduta do réu com o que se razoavelmente poderia esperar de um “homem médio”, nesse caso, de uma “mulher média”, então há que se entender o que, na verdade, compõe esse conceito. Essas expectativas são marcadas, por conseguinte, pelos símbolos e significados que se atribuiu ao gênero feminino, ou seja, o que se espera é, justamente, que a mulher haja conforme uma mulher que respeita os limites do papel que lhe foi atribuído.

Assim, a determinação da presença ou não da culpabilidade no caso concreto é perpassada, caso se utilize somente as previsões da dogmática penal, pela satisfação ou não, das expectativas de comportamento socialmente produzidas e difundidas. A questão problemática reside no fato de isso extrapolar o julgamento do fato e se tratar de um julgamento subjetivo e moral. Além do fato de essas construções acerca do que deve ou não fazer parte do repertório comportamental feminino não terem sido criadas a partir de um debate claro e igualitário, em que houvesse discussão das próprias mulheres acerca do que se pode ou não aceitar, do que é ou não “razoavelmente exigível”.

As autoras Carolina Costa Ferreira e Marília de Nardin Budó (2022) propõem que, na verdade, foi esse “homem médio” que criou todas as categorias de expectativas razoáveis. Isso porque é ele quem possui o poder para determinar quais discursos serão reproduzidos e quais estarão à margem da produção acadêmica e intelectual e, por isso, não possuirão espaço para influenciar as decisões jurídico-penais. E o fato de o “homem-médio” ser um homem (branco, heterossexual, adulto e de posses, conforme o protocolo) acaba por influir de forma determinante na forma como o sistema jurídico julgará as mulheres. Mais ainda influencia o fato de, conforme demonstra Zaffaroni *et. al* (2017), a suposta neutralidade do seu discurso buscar — e muitas vezes conseguir — afastar os questionamentos acerca dos parâmetros usados para medir a conduta de cada indivíduo.

Vera Malaguti Batista (2011) sustenta no mesmo sentido. Afirma a autora que o sistema de justiça penal e a questão criminal como um todo, estão intimamente ligados às relações de poder na sociedade. Isso porque os grupos dominantes são aqueles capazes de determinar as regras de ordem que serão aplicadas em comunidade. Nesse sentido, essa parcela da população possui os meios para fazer reproduzir sua própria hegemonia. Assim, o sistema

penal não só reproduz as relações de poder existentes, mas as produz, na medida em que criminaliza “os outros” — aqueles que não participam desse círculo de poderosos.

A questão criminal se relaciona com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social. Assim a criminologia e a política criminal surgem como um eixo específico de racionalização, uma saber/poder a serviço da acumulação de capital (Batista, 2011, p. 23).

Essa atuação do próprio sistema criminal na produção e reprodução das desigualdades socialmente construídas pode ser, em alguma medida, entendida a partir do que Zaffaroni *et al* (2017) chamam, em sua obra, de seletividade penal. Assim, a consequência dessa aplicação diferencial do Direito Penal a indivíduos distintos em razão de características socialmente construídas — a que se atribuiu um símbolo de criminoso — é, justamente, a determinação de que a mesma conduta poderá ser diferentemente criminalizada a depender de quem a cometeu e seu *status* social. A partir desse cruzamento de posições, o que se verifica é que é precisamente a negação dessa seletividade — ou da função produtora de desigualdade do Direito Penal — que permite que ele seja capaz de criá-la e perpetuá-la, simultaneamente.

Exemplo disso são as estatísticas coletadas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, nos atendimentos aos presos em flagrante em todo o Estado. No que tange às mulheres, de todas as custodiadas, 47,62% se autodeclararam pardas e 11,59%, negras, formando 59,21% das prisões em flagrante, frente a 24,93% que se declararam brancas. Além disso, 42,1% informaram ter o ensino fundamental incompleto, contra apenas 13,56% que completaram o ensino básico. E tendo em vista que os números apresentados pela estatística oficial são representativos da criminalização, e não da criminalidade, fica claro que o sistema penal atinge os grupos diferentemente. E a explicação para essa divergência, segundo os referidos autores, é a seletividade penal (Rio de Janeiro, 2024).

Apesar de os números trazidos serem referentes à criminalização secundária pela questão racial, o presente estudo se propõe a expandir o escopo dessa análise para a questão de gênero. E nesse aspecto, a seletividade atua de forma a distinguir as mulheres a partir do cumprimento ou não de seus papéis socialmente atribuídos, conforme demonstrado anteriormente. Assim, a interpretação do que a “mulher média” deveria fazer é transpassado pelas concepções construídas na sociedade patriarcal em que vivíamos e vivemos. E, conforme explicitado acima, essa criminalização também acaba por reforçar os estereótipos

comportamentais generificados, acentuando os mecanismos de controle informais de condutas. Mecanismos esses que são as principais formas de vigilância da atuação feminina.

O mecanismo de controle social dirigido às mulheres tem sido predominantemente o controle informal, que se materializa através da família, sobretudo por meio da figura dos maridos, pais ou padrastos, também participando deste controle a escola, a religião e a moral. Tais atores participam da reprodução de estereótipos de gênero, conferindo e controlando a ocupação do espaço outorgado à mulher, alijando aquelas que não correspondem às expectativas sociais que lhes são atribuídas pela sociedade (patriarcal), como forma de sanção (Andrade, 2005, p. 88 *apud* Maycá, 2018, p. 90).

Os sistemas de controle, portanto, se retroalimentam, reforçando, a todo momento, as percepções acerca do que cabe ou não à mulher e condenando aquelas que desviam do padrão determinado.

A pesquisa quantitativa realizada por Giulia Vogt Maycá, sob orientação da professora Marília de Nardin Budó, que teve como objetivo estudar as diferenças entre as condenações por omissão imprópria entre pais e mães, analisou, em 2018, 14 acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, utilizando-se dos termos “omissão imprópria”, “mãe” e “crime comissivo por omissão” como critérios de busca, e apontou no mesmo sentido. O trabalho identificou que, de fato, existem distinções entre os dois casos de condenações, porque, no caso das mulheres, é possível identificar um “julgamento moral” ou a atribuição exclusiva à mãe da função de manter um “ambiente familiar adequado” e de culpabilizá-la por permanecer no convívio de alguém violento (Maycá; Budó, 2018).

Dentre os 14 acórdãos analisados pela autora, seis resultaram em condenações, sete resultaram em absolvições e um se tratou de Embargos de Declaração que não se relacionavam com o mérito do processo. Com o estudo dos referidos casos, Vogt concebeu duas categorias em que poderia encaixar as decisões: a) realização de julgamentos morais sobre a mulher e b) responsabilização da mãe pelo ambiente familiar adequado.

Ao analisar ambas as categorias propostas, os resultados demonstraram que há vasto julgamento moral das mulheres, principalmente no que diz respeito à permanência em relacionamentos em que há situações de violência doméstica, tendo os magistrados atribuído culpa às mães, justamente, por estarem submetidas a esse contexto. O principal argumento manejado é o de que caberia a elas tomar providências para colocar fim às violências sofridas.

Afastando a responsabilidade do Estado e atribuindo às mulheres o dever de sozinhas, proteger a si mesmas e seus filhos (Maycá, 2018).

Além disso, restou demonstrado que a argumentação foi influenciada pelos papéis de gênero (Maycá, 2018), em especial no que diz respeito ao papel da mulher como mãe. A pesquisadora apontou, ainda, que em um dos acórdãos, o voto do magistrado foi no sentido de que caberia à ré demonstrar sua inocência, ou seja, subverteu o ônus da prova no caso concreto, visto que entendia que a posição de genitora seria suficiente para presumir que haveria a possibilidade de agir na situação concreta, cabendo a ela demonstrar existência de impedimento apto e não ao Ministério Público provar que havia essa possibilidade.

Já o fator de julgamento pela manutenção do ambiente familiar adequado foi atestado pela utilização de um “discurso eminentemente patriarcal” (Maycá, 2018), de forma que se determina que cabe às mulheres a gestão do âmbito privado familiar. Nesse sentido, caso os filhos estejam submetidos a qualquer ambiente instável, ainda que causado pela ação direta do pai ou padrasto da criança, há culpa da genitora.

Em suma, verificou-se que a mulher é culpabilizada por não cumprir o papel de “boa mãe”. E, além do claro julgamento extrajurídico que essa afirmação traz consigo, há ainda mais questões problemáticas acerca desse ponto. Isso porque esse parâmetro do que é ser uma “boa mãe” é delineado pelo “homem médio”: branco, heterossexual, adulto e de posses (Brasil, 2021, p. 35)

O estudo produzido por Maycá e Budó (2018) pode ter se restringido a analisar os acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mas as conclusões a que chegou servem de base para a análise desses mesmos casos em outras partes do país.

No caso tratado pelas autoras Carolina Costa Ferreira e Marília de Nardin Budó (2022), no Manual de Direito Penal com Perspectiva de Gênero, Maria — nome fictício dado à mãe de que trata o processo — foi condenada pelo homicídio de seu filho, que foi cometido pelo pai da criança, enquanto ela não estava em casa. Da mesma forma que no caso trazido no presente estudo, disse o Ministério Público — e ratificou o juiz — que “ela poderia ter se separado” do marido e pai de seus filhos e, portanto, é culpável. No processo que se estuda presentemente, arguiu o Parquet:

“Ressalte-se que a acusada busca justificar sua abominável conduta em razão de ser ameaçada de ser colocada para fora de casa com seus filhos, e somente em razão disso permitiu que o acusado praticasse os atos libidinosos contra a criança. Antes tivessem ido para a rua, Excelêncial!”

Em ambos os casos, o que se faz não é um juízo do fato, mas um juízo da condução da vida das acusadas. Um juízo moral da conduta das rés como mães e como únicas responsáveis pelo ambiente doméstico saudável. Condena-se, aqui, a escolha “errada”, tendo em vista o que o “homem-médio” considera razoável para a situação. Deveria a mãe ter escolhido a situação de rua. Essa é a escolha lógica para um jurista que, muito provavelmente, nunca vislumbrou a possibilidade de se tornar morador de rua, de ser vítima de violência doméstica, de ver sua filha submetida à violência, estupro de vulnerável, tortura e de ter que escolher qual desses é o mal menor.

Esse julgamento a partir de uma perspectiva “neutra”, baseada em um homem médio foi, inclusive, ratificado pelo membro do Ministério Público, no seguinte trecho:

Não há, como pretende sustentar a versão de autodefesa, qualquer coação moral irresistível, eis que, aos olhos do homem médio, é fácil imaginar que uma mãe preferiria ir para a rua com seus filhos a permitir e auxiliar que seu companheiro abusasse sexualmente de sua filha de apenas oito anos de idade. É dantesco, repugnante e absolutamente execrável

A partir desse olhar pretensamente isento, o Parquet categorizou moralmente a conduta da ré. Concluiu, conforme o trecho anterior, que suas ações foram repugnantes e absolutamente execráveis. E continuou, afirmando, posteriormente, que não haveria, na legislação, punição suficiente para conduta tão “repugnante”: “Não há cenário mais repugnante que o delineado nos autos e a bem da verdade não existe na legislação pátria punição suficiente para reprimir conduta tão desviada”

Apesar de a argumentação manejada pelo órgão ministerial ser fortemente baseada em conteúdo de julgamento moral atrelado ao papel social da mãe e ao fato de ela ter o dever de agir além de suas possibilidades físicas — ou seja, apesar da violência a que estava submetida —, se mostrou eficaz no convencimento do magistrado para afastar a inexigibilidade de conduta diversa, a despeito das evidências produzidas quanto à situação de Violência Doméstica.

A defesa sustenta inexigibilidade de conduta diversa em decorrência de coação moral irresistível. Contudo, a coação irresistível não restou demonstrada nos autos para fins de reconhecimento de exclusão da culpabilidade, eis que não se pode chancelar a prática de nefasto crime, comissivo por omissão em relação à genitora da vítima, tão somente com enfoque em precariedade financeira em relação ao corrêu, tido como provedor. Ademais, conforme destacado pelo Ilmo. Promotor de Justiça, aos olhos do homem médio, uma mãe preferiria ir para a rua com seus filhos a permitir e auxiliar que seu companheiro abusasse sexualmente de sua filha de apenas 08 anos de idade.

O Juiz, como é possível verificar no trecho da sentença trazido, afasta a possibilidade de inexigibilidade de conduta diversa apenas pelo fato de que não se pode chancelar tal crime tão somente com enfoque na precariedade financeira em relação ao corrêu, deixando de apreciar as provas de violência física, moral, psicológica e patrimonial que foram produzidas nos autos do processo e atestadas pelos estudos sociais realizados, inclusive, a pedido do juízo, conforme demonstrado na conclusão do parecer psicológico:

Diante do exposto, a criança, de 09 anos de idade, apresenta indícios de que sofreu agressão psicológica, maus tratos e abuso sexual pelo Srº [...] — réu — e que a família sofre violência doméstica. Necessitando tanto a criança quanto a genitora de acompanhamento psicológico. — Conclusão do parecer psicológico.

Fica claro, a partir dos trechos trazidos, que há uma verdadeira análise do que o homem médio acredita ser tarefa de uma mãe. Nesse sentido, atribui à mulher — em situação de violência doméstica atestada nos autos do processo — o dever de, por conta própria, afastar-se da situação de perigo, uma vez que tinha o dever de proteger seus filhos.

Em nenhum momento da Sentença ou do Acórdão se fala sobre a necessária e ausente ação do Estado frente à situação de Violência Doméstica em que o réu vitimava a todas as partes do processo. Apesar de tanto o CREAS quanto o grupo de apoio multidisciplinar do Tribunal de Justiça terem atestado as reiteradas agressões a que mãe e filhos estavam submetidos e informado ao juízo, nada foi feito no sentido de protegê-los.

A única Medida Protetiva de Urgência requerida e deferida foi requerida pela própria ré no sentido de proteger sua filha. Apesar disso, ainda foi retratado que o réu comparecia reiteradamente no novo domicílio da acusada — após a separação — enquanto ela trabalhava. Ainda assim, nada foi feito por parte do Estado. Não há qualquer menção à ausência de atuação estatal no caso, mas sobram afirmações de que deveria a genitora ter preferido ir para a rua.

A dogmática jurídica brasileira aponta, conforme demonstrado nos capítulos anteriores do presente estudo, que a conduta do acusado — aqui, da acusada — deve ser comparada com a de um homem médio para que se possa ter uma base de comparação acerca do que se podia razoavelmente esperar de um sujeito na situação fática e, assim, atribuir — ou afastar — culpabilidade ao réu. E foi nesse sentido que a Sentença e o Acórdão procederam, delimitando que, aos olhos desse “homem médio”, caberia a genitora se retirar da posição em que estava antes de qualquer abuso acontecer, impedindo o resultado, uma vez que esse era seu dever legal. Desse modo, e de acordo com o que propõe a doutrina, a ré tinha meios eficazes para afastar o resultado: sair da casa em que morava com o padrasto.

As referidas decisões, contudo, pouco se debruçam sobre a realidade que a ré, os filhos e os familiares retrataram em seus depoimentos e nos estudos sociais realizados. Destaco alguns trechos que fizeram parte dos depoimentos, mas que não obtiveram espaço no âmbito das decisões:

Que o acusado aproveitava da ausência da genitora em seu trabalho, bem como [...] em seu período de banho; Que era orientada pelo acusado e para não contar a mãe dela o que ele fazia” — trecho do relato da assistente social

Nesse trecho, retirado do parecer da Assistente Social, a vítima relatou que os abusos aconteceram durante a ausência da genitora, tendo sido mantido em segredo, por orientação do réu. Contudo, não houve valoração desse fato nas decisões.

Que a filha (a ré) morre de medo do réu, pois ele batia nela. Que a filha se afastou do réu, mas tinha medo dele; Que a declarante, quando soube do que aconteceu foi ao Conselho Tutelar e denunciou, pela filha, que tem muito medo dele, não teria feito a denúncia, nem vindo à delegacia; Que o réu ameaçou a ré e as crianças — depoimento da avó em sede de delegacia

Neste excerto do depoimento da avó, ela declara sobre a violência física que sua filha (a ré) sofria no relacionamento com o réu e o estado de constante medo e ameaça a que estava submetida. De novo, essa passagem não foi utilizada na análise da decisão.

O réu brigava muito com a mãe, com ela e o irmão (SIC) “ele colocou a coleira na gente e fez a gente andar como cachorros, porque eu e meu irmão fizemos xixi na calça, minha mãe disse para ele parar, mas [...] — o réu — empurrou ela para a cozinha e fechou a porta. A noite quando ele estava dormindo, minha mãe mandou a gente pegar nossas coisas sem fazer barulho e nós fomos para a casa da minha avó (materna)” “percebeu que a mãe sofria ameaças por parte do réu, que tinha muito medo das coisas que ele dizia. Ressaltou que temia por sua genitora, pois o réu a agredia e tratava muito mal, que chegou a vê-la machucada, que seu ex-padrasto

mandava que ficassem do lado de fora de casa enquanto a agredia” — relato do que a vítima descreveu no estudo psicológico

Afirmou que o mesmo — o réu — batia nele e também em sua irmã, que era muito agressivo com sua mãe e lhe fazia ameaças. Ainda sobre o ex-padrasto disse que o mesmo fazia maldades, que quando batia na genitora, lhes mandava sair de casa, disse que sentia muito medo de [...] — o réu -, que o mesmo lhes negava comida.”; “destacou que as vezes em que sua genitora tentou defendê-los, foi agredida pelo ex-padrasto — relato do irmão

Os relatos da vítima e de seu irmão — inicialmente enquadrado como vítima do crime de tortura, do qual os réus foram absolvidos, posteriormente — retratam cenários de violência extrema, com castigos humilhantes e agressão física tanto das crianças como da ré e vão no mesmo sentido do que foi narrado pela acusada:

Indagamos o motivo pelo qual ela não realizou a denúncia, sendo que já sabia do fato, ela disse que temia pela sua vida e dos seus filhos, além da dependência financeira, pois estava desempregada na época e com os laços familiares rompidos, não tinha lugar para morar com seus filhos. Segundo a genitora, separou do réu porque conseguiu emprego de diarista e teve como arcar com aluguel e sustento de seus filhos — relato da Assistente Social

[...] — o réu — era violento, chegou a me dar um soco, tentei ligar para a polícia, mas a força dele era maior e conseguiu me imobilizar”; “quando o mesmo — o réu — percebeu sua presença, a segurou pelos cabelos e sob ameaças lhe disse: “Você não viu nada, pois se falar com alguém sabe o que posso fazer com seus filhos”; “Que foi para cima do acusado e o mesmo lhe bateu; que apanhou do acusado outras vezes: que às vezes apanhava porque dizia que iria denunciar o acusado e o mesmo lhe dizia que se a mesma o denunciasse, lhe bateria e mataria seus filhos — relato da ré

Há que se destacar, ainda, que tanto os depoimentos dos dois infantes, como o de sua avó e tia, corroboram a versão da ré de que estava submetida a violência doméstica. Apesar disso, conforme demonstrado, o magistrado afasta a inexigibilidade de agir “pelo fato de que não se pode chancelar tal crime tão somente com enfoque na precariedade financeira em relação ao corrêu”, preterindo todo o arcabouço probatório do enquadramento da situação na Lei 11.340/2006 e trazendo luz a apenas uma parte da argumentação. Ambas as decisões apenas fazem pequenos relatos se referindo a situação de violência que estava instaurada no ambiente doméstico em que residiam às partes ou mesmo sobre as ameaças de morte que a ré relata ter sofrido por parte do companheiro. Como demonstrado, Sentença e Acórdão enfatizam o fato de a ré ter medo de morar na rua com os filhos e pouco se referem às intimidações físicas sofridas.

É nesse momento de confronto da dogmática com a prática penal que a crítica de Zaffaroni *et. al* (2017) se comprova. A simples comparação de uma conduta com a que se espera de um homem médio genérico não basta para aceder à seletividade penal. É preciso que a conduta do réu seja comparada com o que razoavelmente poderia se esperar daquele indivíduo específico, na realidade fática em que ele se encontrava e, somente assim, partir para um exame do que era exigível e das possibilidades de ação efetiva para impedir um resultado.

Deveriam os magistrados, portanto, analisar minuciosamente a situação em que a ré se encontrava, entender as implicações de ser uma mulher, pobre, com laços familiares cortados, com dois filhos menores de 12 anos, desempregada e submetida a uma situação de violência doméstica, compreender o que se poderia esperar de uma pessoa nessas circunstâncias e, somente assim, exercer o esforço comparativo com o que a acusada realmente fez.

A partir desse momento, e caso atestada a exigibilidade de conduta e a possibilidade real e eficaz de impedir o resultado, partiriam os magistrados à perquirição do grau de Esforço pela Vulnerabilidade desempenhado pela interna, conforme descrito anteriormente. Somente assim, e tomando em conta a forma como as características individuais — o grau de vulnerabilidade perante o sistema penal -, as decisões seriam tomadas de forma a cumprir o papel precípua do Direito Penal de combater a seletividade e a violência produzida pelo sistema criminal, limitando o poder punitivo do Estado.

Mas a visão feminista vai além. Apesar de a crítica acerca da falta de menção apropriada às violências sofridas ser suficientemente grave, a ponto de questionar a validade dessas decisões. É preciso ainda se questionar sobre o porquê da violência doméstica, que, ainda que de forma rasa, foi atestada e ratificada pelos julgadores, não ter sido considerada motivo idôneo para afastar a possibilidade de agir. É preciso questionar o motivo pelo qual esse é o argumento utilizado pelo desembargador para afastar a coação moral irresistível:

No que pertine à tese de coação moral irresistível, tenho que a defesa não logrou comprovar que a acusada agiu sob o pálio da excludente de culpabilidade. Em que pese os argumentos defensivos no sentido de que a apelante apanhava e era constantemente ameaçada pelo corréu [...], seu então companheiro de quem dependia financeiramente, não se pode tolerar a prática de crimes desta gravidade, mormente por parte de quem tinha o dever legal de agir, na forma do artigo 13, §2º, “a”, do CP. Tampouco se pode desconsiderar que a apelante, ante a sordidez dos fatos, deveria ter buscado ajuda junto a seus familiares, os quais agiram com

prontidão tão logo tomaram conhecimento dos abusos. [...] Ademais, tampouco deve ser reconhecida a excludente com relação ao período em que efetivamente residiu com o corrêu, eis que conforme bem salientado pelo *parquet*, “aos olhos do homem médio, uma mãe preferiria ir para a rua com seus filhos a permitir e auxiliar que seu companheiro abusasse sexualmente de sua filha de apenas 08 anos de idade”.

O que se atesta é que a dogmática penal entende “violência ou grave ameaça” como um conceito estanque, que não abarcaria, de acordo com a argumentação do Acórdão, a violência psicológica, as ameaças de agressão e de desabrigamento próprio e dos filhos.

Nesse sentido, Camila Cardoso de Mello Prando (2017) usa o caso do homem que ejaculou em uma menina que estava dormindo no ônibus para retratar como a dogmática, de fato, não se permite debater sobre a violência de gênero como um tipo de violência fático, real e capaz de constituir, por si só, a violência de que se fala nos tipos penais de estupro, por exemplo. Esse foi um caso em que os doutrinadores — no masculino de propósito — se posicionaram no sentido de não haver violência ou grave ameaça, afastando a tipicidade da conduta quanto ao crime de estupro. A autora denuncia, desse modo, que o que a dogmática parece não compreender, ou não se importar em compreender, é que o que se tem como conceito de violência ou grave ameaça é algo construído socialmente e que, de alguma forma, precisa mudar para abarcar outras situações.

Assim, defende que se revisite os conceitos, uma vez que a forma como se definiam os tipos e os elementos que os constituem não são capazes, da forma como estão dispostos hoje, de dar conta dessas situações que sequer eram consideradas crimes ao tempo de promulgação do código penal, mas que hoje, com a Constituição de 1988 e com a Lei Maria da Penha, principalmente, não podem ser vistas de outra forma que não ameaça e violência (Prando, 2017).

A dimensão da violência de gênero não consegue ser explicada pelas categorias produzidas a partir dos grupos de casos acima citados. A ameaça num ciclo de violência doméstica não consegue ser enquadrada pela mesma interpretação da ameaça entre dois homens desconhecidos numa rivalidade da rua. As ricas discussões dogmáticas produzidas em torno do debate sobre violência doméstica, e inconsistentemente ignoradas pelos autorizados a falar em nome do direito penal, têm contribuído muito para a compreensão destes vieses e para a produção de categorias orientadas à racionalização do processo argumentativo decisório (Prando, 2017).

O que se sustenta, portanto, tanto por Zaffaroni *et. al* (2017), quanto por Maycá (2018), Prando (2017), Ferreira e Budó (2022), não é de que a dogmática deve ser eliminada

do campo do Direito Penal ou mesmo que está completamente errada. Na verdade, em toda as perspectivas críticas do pensamento dogmático o que se propõe é que se abra para a discussão acerca de conceitos que, à luz da Constituição de 1988, da Lei Maria da Penha e dos estudos sobre a desigualdade e a seletividade penal, já não comportam o novo arranjo brasileiro.

Hoje, na vigência de uma Constituição que privilegia a igualdade de gênero e que protege os direitos à personalidade, de leis que protegem os direitos das mulheres e reconhecem as violências domésticas a que estiveram submetidas por séculos, e de uma nova forma de pensar que produz saber periférico, feminista e antirracista, já não cabem mais decisões que se cegam para a violência de gênero. Não cabe mais uma dogmática que negue a verdade dos fatos e alienie as disputas de gênero, raça e classe que já estão mais do que atestadas na realidade brasileira.

CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou demonstrar como, mesmo com as mudanças a que se fez referência nos capítulos acima, ainda são inúmeras as reminiscências de um Direito Penal do Autor, em que os papéis sociais de gênero são tão determinantes na forma como mulheres mães serão julgadas no Brasil, quanto os fatos típicos em si. Para tanto, analisou as nuances de um caso concreto em que uma mulher mãe foi condenada à título de omissão imprópria por estupro de vulnerável de sua própria filha, apesar de estar submetida à violência doméstica perpetrada por seu parceiro e corréu.

Buscou-se demonstrar a forma como a Teoria do Delito e as causas excludentes de culpabilidade são manejadas pela dogmática penal majoritária e a forma como pretende que seja aplicada pelos operadores do Direito. Em contrapartida, buscou-se retratar, também, como autores não-majoritários procuram problematizar a forma supostamente neutra de trabalhar o Direito Penal, em que se separa a teoria e a prática, para fins pretensamente didáticos. Com isso, foi tecida uma crítica sobre essa suposta científicidade da dogmática jurídica.

A partir dos pensamentos críticos de Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, o presente trabalho estudou o caso concreto trazido, recriando o caminho da Teoria do Delito e da Culpabilidade pela Vulnerabilidade trazida pelos autores. Desse modo, chegou à conclusão de que o Esforço pela Vulnerabilidade da ré foi mínimo ou nulo, ao passo que seu Grau de Vulnerabilidade frente ao Sistema Penal, era alto, por se tratar de uma mãe, pobre, com laços familiares rompidos, desempregada e submetida à violência doméstica. Nesse sentido, concluiu-se que, caso o julgamento tivesse tomado em conta a perspectiva dos referidos autores, sua culpabilidade teria sido afastada ou minorada, afastando, também, a pretensão punitiva do Estado.

Além disso, a partir das críticas feministas tecidas por Maycá, Ferreira e Budó, buscou-se pôr em causa de quem se fala quando se fala em homem médio. Buscou-se demonstrar que esse homem branco, heterossexual, adulto e de posses, de que trata o Protocolo do CNJ, traz suas concepções acerca do que pode ou não uma mulher e isso é capaz de afetar os julgamentos. Ademais, problematizou-se o fato de as argumentações trazidas na Sentença e no Acórdão tratados fazerem referência aos papéis de gênero atribuídos à mulher,

mais do que ao fato em si. Enfatizou-se, também, o fato de a Violência Doméstica não ter sido considerada motivo idôneo para afastar a possibilidade de agir, gerando, nesse viés, um questionamento acerca do que é ou não considerado violência ou grave ameaça.

Com todos os apontamentos acima descritos, conclui-se o presente trabalho com a afirmação de que os papéis de gênero atribuídos e esperados da mulher ainda influenciam de forma determinante a forma como serão julgadas nos tribunais brasileiros. Mais que isso, conclui-se pela clara desvalorização, por parte dos julgadores, dos efeitos da violência doméstica, à despeito de todo o avanço trazido pela Lei Maria da Penha e pelos preceitos constitucionais.

Apesar disso, o esforço pela crítica à dogmática realizado pelos autores aqui citados pode ser visto como uma mudança de paradigma e a abertura da academia para um novo tipo de produção teórica que possa ser capaz de enfrentar a seletividade penal e as desigualdades de gênero, raça e classe, tão presentes no Brasil.

Finaliza-se, ainda, com o convite a todos os estudantes de Direito e futuros operadores desse ofício para que se amplie esse debate ao máximo, reproduzindo-o não só na produção acadêmica, mas nas decisões judiciais. Somente com produção teórica e dogmática periférica, feminista e antirracista será possível transformar a realidade atestada pelo presente estudo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: escorço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BANDEIRA, Lourdes; SIQUEIRA, Deis. A perspectiva feminista no pensamento moderno e contemporâneo. **Sociedade e Estado**, v. 12, n. 2, p. 263-284, 1997.

BARTLETT, Katharine. Métodos jurídicos feministas. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de (orgs.). **Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II**: direitos humanos das mulheres e violências - vol. 1. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOCCHINI, Bruno. **População negra encarcerada atinge maior patamar da série histórica**: em 2022, havia 442.033 negros presos, diz fbsp. Agência Brasil. 2023. Disponível em:
<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-07/populacao-negra-encarcerada-atinge-maior-patamar-da-serie-historica>. Acesso em: 22 out. 2024.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. **Revista Direito Gv**, v. 11, n. 2, p. 523-546, dez. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021**. Brasília: CNJ, 2021. E-book. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out 2024.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 out. 2024.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal,

[...]. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 29 out. 2024.

_____. Ministério da Justiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Dar à luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: IPEA, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5768795/mod_resource/content/1/Ana%20Gabriela%20Mendes%20Braga%20e%20Bruna%20Angotti%20-%20Dar%20a%20luz%20na%20sombra%20-%20Pensando%20o%20Direito.pdf>.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal:** parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRUSTOLIN, Alessandra; SAMPAIO, Silvia Cristina Carvalho; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. "Eu acreditava que ele ia mudar": de vítima de violência doméstica a autora de homicídio por omissão imprópria. In: SEVERI, Fabiana Cristina (org.). **Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas:** a experiência brasileira. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2023. p. 578-601.

CIRINO, Samia Moda; FELICIANO, Julia Maria. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero: abertura para uma mudança epistemológica no direito e na prática jurídica no Brasil. **Revista Direito Público**, v. 20, n. 106, p. 247-271, abr. 2023.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERREIRA, Carolina Costa; BUDÓ, Marília de Nardin. Teoria do crime: um ensaio sobre dogmática penal e pensamento situado. In: CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de (orgs.). **Manual de direito penal com perspectiva de gênero**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2022. p. 155-191.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 2, p. 1.211-1.237, abr. 2020.

FRANCO, Alberto Silva; SILVA JÚNIOR, José; BETANHO, Luiz Carlos; STOCO, Rui; FELTRIN, Sebastião Oscar; GUASTINI, Vicente Celso da Rocha; NINNO, Wilson. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HOOKS, Bell. **E eu não sou uma mulher?**. 9. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2019.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4 ed. Granada: Comares, 1993.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MAYCÁ, Giulia Vogt; BUDÓ, Marília de Nardin. A criminalização da mulher e os estereótipos de gênero: uma análise do discurso judicial em delitos omissivos impróprios. In: GARCIA, Renata Monteiro; DE CAMPOS, Carmen Hein; SILVA JUNIOR, Nelson Gomes

- de Sant'Anna e; TANNUSS, Rebecka Wanderley (orgs.). **Sistema de justiça criminal e gênero: diálogos entre as criminologias crítica e feminista.** João Pessoa: CCTA, 2018. E-book. p. 91-122. Disponível em: <<https://www.ccta.ufpb.br/editoraccta/contents/titulos/direito/sistema-de-justica-criminal-e-genero-dialogos-entre-as-criminologias-critica-e-feminista/livro-ebook.pdf>>.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código penal interpretado.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OBSERVATÓRIO DE DIREITOS HUMANOS. **Crianças e o cárcere:** efeitos do sistema prisional no desenvolvimento da primeira infância. Brasília: Organização dos Estados Ibero-Americanos para a Educação, a Ciência e a Cultura, 2021. E-book. Disponível em: <<https://oei.int/wp-content/uploads/2021/07/criancas-e-o-carcere-efeitos-do-sistema-prisional-no-desenvolvimento-da-primeira-infancia.pdf>>.
- PENTEADO, Taís. Reescrita feminista do Habeas Corpus n. 503.125/SP: uma análise da adoção informal e o arrependimento materno a partir de perspectivas feministas. In: PÜSCHEL, Flavia Portella. **Direito e desenvolvimento na prática.** São Paulo: Almedina, 2020. p. 215-230.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O caso do ônibus e da seletividade dos penalistas.** Empório do Direito. 2017. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-caso-do-onibus-e-a-seletividade-dos-penalistas>>. Acesso em: 31 out. 2024.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Verde em dados.** Disponível em: <<https://verde.rj.def.br/verde/>>. Acesso em: 17 out. 2024.
- SOUZA, Nívia Augusta Costa; COSTA, Karine Ferreira. **Fatores que levam as mulheres a permanecerem em relacionamentos abusivos:** entendendo subjetividades subjugadas. Faculdade Ciências da Vida. 2020?. Disponível em: <https://www.facultadecienciasdavida.com.br/sig/www/openged/ensinoBibliotecaVirtual/000186_624c60ecc874c_048596_5fecf47632e0c_NIVIA_AUGUSTA_COSTA_SOUSA.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro:** volume 2. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.