

Mariana Guimarães Rocha da Cunha Bueno

FEMINISMO E DIREITO PENAL

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito Penal

Orientação: Professor Titular Renato de Mello Jorge Silveira

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2011

CUNHA BUENO, Mariana Guimarães Rocha da.
FEMINISMO E DIREITO PENAL

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito Penal

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao movimento feminista brasileiro, na
pessoa da querida Maria Amélia de Almeida
Teles.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Renato de Mello Jorge Silveira, que me deu coragem e condições para dizer o que eu tinha a dizer.

Ao Professor Sergio Salomão Shecaira e ao Professor Alamiro Velludo Salvador Netto, que, por ocasião da banca de qualificação, prestaram grande contribuição e indicaram valiosas leituras.

À Sra. Dalva Veramundo Bizerra de Souza, sempre prestativa, cuja ajuda foi fundamental para a obtenção da licença-maternidade.

A todos do escritório Delmanto Advocacia, que foram especialmente compreensivos durante a fase final de elaboração deste trabalho.

Ao amigo João Daniel Rassi, pelo incentivo, em todos os momentos.

À amiga Mariana Trachesi Ortiz, pela cumplicidade.

Às amigas Marianna Sampaio e Mariana Macário, pela leveza.

A toda minha querida família, pela torcida.

Ao meu pai, Eromar Bomfim Rocha, e à minha mãe, Maria Flora Guimarães, meus dois grandes exemplos de prazer pelo estudo.

Ao Ronaldo da Cunha Bueno Neto, por apoiar absolutamente tudo que me torne mais feliz.

À Laura, minha filha, a obra mais perfeita que eu trouxe ao mundo!

“Parece existir la convicción de que quien duda de alguna de las medidas sugeridas para atajar la violencia doméstica es porque no se toma suficientemente en serio el dolor de las víctimas; y así, cualquier discusión pretende zanjarse apelando a la extrema gravedad del problema, o al número de mujeres muertas, recurriendo con ello a la equívoca identificación de que sólo quien está a favor de penas más severas defiende los intereses de las mujeres. Con todo, al margen de este estilo de feminismo punitivo existen numerosos colectivos feministas de base que trabajan directamente con las mujeres maltratadas, los cuales tienen una actitud profundamente ambivalente respecto de la intervención penal y son conscientes de los riesgos y costes de recurrir al sistema penal”.

Elena Larrauri

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar as relações entre o paradigma do gênero e o Direito Penal, buscando compreender os limites do Direito Penal como instrumento de luta feminista. Em um primeiro momento, verifica-se que as feministas destacaram o papel do Direito Penal como instância criadora e reprodutora da discriminação entre homens e mulheres, atuando como um dos principais sistemas de controle formal das mulheres. Já em um segundo momento, percebe-se que o Direito Penal passou a ser considerado um aliado do movimento feminista na busca pela igualdade material entre homens e mulheres. O uso desse ramo do Direito pelo movimento feminista, estratégia que também foi adotada por outros grupos sociais em defesa de seus respectivos interesses, segue a tendência de expansão do Direito Penal verificada desde as duas últimas décadas do século XX, em resposta a uma crescente demanda social por proteção estatal ante o fenômeno delitivo. Os Estados vêm respondendo a essa solicitação por meio da promulgação de inúmeras leis penais, associadas, eventualmente, a medidas de ação afirmativa ou a dispositivos claramente paternalistas. Dentro desse contexto, pretende-se examinar algumas das recentes alterações da legislação penal estrangeira e nacional que foram patrocinadas pelo movimento feminista, ampliando a criminalização de condutas no campo da violência doméstica, sexual e de gênero. Fato esse que acaba por contribuir para um perigoso Direito Penal de gênero, que, longe de favorecer a emancipação feminina, promove a sua imagem como ser frágil, fraco e indefeso.

Palavras-chave: Direito Penal – Gênero – Feminismo

ABSTRACT

This paper aims at assessing the relations between the paradigm of gender and Criminal Law, with the purpose of understanding the limits of Criminal Law as an instrument of the feminist movement. It may be noticed that at first, feminists highlighted the role of Criminal Law as a creative and reproductive instance of discrimination between men and women, acting as a system of formal control of women. At a second stage, one can perceive that Criminal Law is seen as an ally of the feminist movement in the search for material equality between men and women. The use of the aforementioned area of Law by the feminist movement was also adopted by other social groups in the defense of their respective interests agrees with the trend of expansion of Criminal Law, perceived since the last two decades of the XXth Century in response to a growing social demand for government protection against criminal events. States have responded to this request by enacting several criminal laws associated, at some point, to measures of positive action or to clearly paternalist provisions. In such context, we intend to assess some of the recent amendments of foreign and national criminal legislation sponsored by the feminist movement, expanding criminalization of conducts in the area of domestic, sexual and gender violence, all to contribute to the raise of a dangerous Criminal Law of gender that, far from favoring feminine emancipation promotes, otherwise, the image of the woman as a frail, weak and defenseless human being.

Key words: Criminal Law – Gender – Feminism

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONSTRUÇÃO DA DIFERENÇA DE GÊNERO E SEUS REFLEXOS PENAIS	12
2.1	O PARADIGMA BIOLÓGICO	12
2.2	O PARADIGMA DO GÊNERO	17
2.3	O DIREITO E O GÊNERO	21
2.4	GÊNERO, CRIMINOLOGIA E DIREITO PENAL	26
3	FEMINISMO E DIREITO	35
3.1	DESENVOLVIMENTO DA TEORIA FEMINISTA DO DIREITO	35
3.2	ESTÁGIO DA IGUALDADE: FEMINISMO LIBERAL	37
3.3	ESTÁGIO DA DIFERENÇA: FEMINISMO RADICAL E FEMINISMO CULTURAL	39
3.4	ESTÁGIO DA DIVERSIDADE: FEMINISMO PÓS-MODERNO	43
3.4.1	ANTIENESSENCIALISMO	44
3.4.2	MULTICULTURALISMO	45
4	CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE: A PROTEÇÃO PENAL DAS DIFERENÇA	51
4.1	PRINCÍPIO DA IGUALDADE E CONTEXTO HISTÓRICO	51
4.2	DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE MATERIAL	58
4.3	CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER	63
4.4	INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	69

4.5 A IGUALDADE ENTRE OS SEXOS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	72
4.6 AÇÕES AFIRMATIVAS.....	78
4.7 PATERNALISMO LEGAL.....	83
4.8 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	85
5 INCORPORAÇÃO DO PARADIGMA DO GÊNERO AO DIREITO PENAL CODIFICADO.....	93
5.1 ALGUMAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	96
5.1.1 ALEMANHA.....	96
5.1.2 ESPANHA.....	99
5.1.3 PORTUGAL.....	106
5.2 RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO SOBRE O ENFOQUE DO GÊNERO.....	114
5.2.1 LEI Nº 10.224, DE 15 DE MAIO DE 2001.....	114
5.2.2 LEI Nº 11.106, DE 28 DE MARÇO DE 2005.....	121
5.2.3 LEI Nº 11.340, DE 07 DE AGOSTO DE 2006.....	129
5.2.4 LEI Nº 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009.....	145
6 CONCLUSÕES.....	168
BIBLIOGRAFIA.....	172

1 INTRODUÇÃO

Na última década, o movimento feminista brasileiro participou ativamente na promulgação de leis alterando o Código Penal de 1940 com o objetivo de promover a igualdade material entre homens e mulheres. Alterações que vão desde a inclusão de novos tipos penais, como o do assédio sexual, passando pela tutela dos crimes de violência doméstica, até a neutralização das diferenças de gênero relacionadas às vítimas no crime de estupro.

Essas mudanças confirmam a relevância que o paradigma do gênero assume nas pautas legislativas por influência direta das feministas.

A associação entre feminismo e Direito Penal não ocorre apenas no Brasil, tampouco é uma estratégia exclusiva das feministas. Na verdade, em diversos países ocidentais, desde as duas décadas finais do século XX, verifica-se a tendência de atuação de grupos defensores de interesses particulares, os chamados “gestores atípicos da moral”, na elaboração de leis penais. As ações desses grupos ganham destaque na medida em que representam os anseios sociais de maior proteção estatal diante do crime e da sensação de vulnerabilidade dele decorrente.

O presente trabalho pretende investigar se a associação entre feminismo e Direito Penal, apesar da tendência verificada, é efetivamente positiva para as mulheres.

Para tanto, no primeiro capítulo, parte-se da construção da diferença de gênero, importante categoria analítica criada pelas feministas, para compreender de que forma o Direito Penal assume papel fundamental como instância criadora de discriminação de gênero.

Diante disso, a estratégia de ação do movimento feminista precisa ser definida. Assim, no segundo capítulo é analisada a construção da Teoria Feminista do Direito, cujos estágios de desenvolvimento coincidem com a própria evolução do princípio da igualdade.

No terceiro capítulo é estudado o princípio da igualdade material, em oposição à igualdade formal, que foi compreendido como a grande meta a ser buscada por todo movimento antidiscriminatório, inclusive o feminista. A igualdade material passou a ser incluída nas Constituições, Declarações de Direitos, tratados internacionais e nas legislações infraconstitucionais. Em tempos de expansão do Direito Penal, a busca da

igualdade material entre os sexos, em si legítima, vem servindo para justificar ações afirmativas controversas, leis paternalistas reprováveis e leis penais simbólicas.

O reflexo desse processo pode ser verificado na análise de recentes leis brasileiras que alteraram o Código Penal, seguindo o exemplo de algumas leis estrangeiras, que também são estudadas no capítulo quatro.

O objetivo ao analisar cada uma das leis brasileiras é verificar, com maior profundidade e cautela, os efeitos concretos da utilização do Direito Penal como solução para problemas que são mais sociais do que criminais.

Pode-se, a partir dessa análise, finalmente concluir que os efeitos eventualmente positivos da associação entre feminismo e Direito Penal não superam, como se pretende demonstrar, os prejuízos decorrentes de leis penais populistas.

2 A CONSTRUÇÃO DA DIFERENÇA DE GÊNERO E SEUS REFLEXOS PENAIS

2.1 O PARADIGMA BIOLÓGICO

A divisão biológica dos seres humanos nos sexos: masculino e feminino é feita com base na análise das diferenças naturais existentes nos corpos de homens e mulheres. Se a observação morfológica já fornecia, desde os tempos mais remotos, material suficiente para estabelecer o sexo do indivíduo, mais recentemente, com o avanço das técnicas científicas, podem-se desvendar as mais diminutas escalas dessa diferença, registradas no código genético de cada ser¹.

As diferenças genéticas e anatômicas entre os sexos são, graças à biologia, percebidas e aceitas socialmente como naturais, inquestionáveis e imutáveis². Segundo essa visão biológica determinista, mesmo que um indivíduo se submeta a operações cirúrgicas para a mudança de seus órgãos sexuais, seu código genético continuará, a despeito disso, indicando seu sexo de origem e, conseqüentemente, as funções a que seu corpo foi destinado³.

¹ Com isso pode-se descobrir, por exemplo, que os hermafroditas normalmente possuem os cromossomos identificadores do sexo feminino e, em decorrência de uma alteração genética, possuem, simultaneamente, os órgãos sexuais, ou características sexuais secundárias dos dois sexos. De qualquer forma, segundo a biologia, são apenas dois os sexos, cujos órgãos sexuais podem se unir no hermafrodita.

² Como expõe Raposo, “Há quem sustente que as diferenças entre a vida dos homens e das mulheres radicam em assimetrias biológicas imutáveis. O cérebro, o corpo e as hormonas masculinas são diferentes das femininas: os homens são fisicamente mais fortes, mais velozes, mais agressivos, incapazes de gerar um filho no seu ventre. Outros factores determinam essas dissemelhanças, tais como a cultura, as tradições, as experiências de vida. Mas a biologia (a natureza) representa uma causa determinante”. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva. O princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos: problemas suscitados pela discriminação positiva*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 33.

³ Já as análises das diferenças sexuais marcadas pelo viés psicanalítico afirmam o contrário: “Para derrubar concepciones biologicistas basta comprender que tener identidad de mujer, posición psíquica de mujer, “sentirse” mujer y ser femenina – o sea, asumir los atributos que la cultura asigna a las mujeres – no son procesos mecánicos, inherentes al hecho de tener cuerpo de mujer. Contar con ciertos cromosomas o con matriz no lleva a asumir las prescripciones del género y los atributos femeninos. Ni viceversa (en el caso de los hombres). Las conceptualizaciones que vinculan de manera determinista cuerpo, género e identidad se estrellan contra la multiplicidad de “identidades” que hoy en día observamos en mujeres y hombres”. LAMAS, Marta. Género, diferencias de sexo y diferencia sexual. In: *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 78.

Como será analisado a seguir, esse determinismo biológico serviu como importante sustentação à ordem androcêntrica do mundo, fornecendo fundamento para a diferenciação entre homens e mulheres nos mais diversos âmbitos da existência humana⁴.

O discurso científico, imbuindo-se de tal determinismo, procedeu à polarização e naturalização das diferenças sexuais, como se estas não passassem de fenômenos dados e independentes das experiências sociais e culturais dos indivíduos. O auge desse processo ocorreu no século XIX, quando os discursos científicos foram fundamentais para revigorar as crenças religiosas ou filosóficas que versavam sobre a inferioridade da mulher⁵.

A partir do dualismo homem/mulher, o discurso científico reforçou a dominação masculina da sociedade, fomentando a primazia do homem sobre a mulher, da razão sobre a emoção, da objetividade sobre a subjetividade, do público sobre o privado, do universal sobre o particular⁶.

Análises feministas acentuaram a maneira com que o cientificismo produziu uma hierarquia entre os pólos dessas dicotomias derivadas do binômio homem/mulher, de forma que às características relacionadas ao sexo masculino atribui-se valor superior do que àquelas associadas ao sexo feminino⁷.

⁴ Em sua obra *A dominação masculina*, Bourdieu analisa os reflexos da visão androcêntrica: “A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar da assembléia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior desta, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos”. BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Traduzido por Maria Helena Kühner. 7ª ed.. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 18.

⁵ Nesse sentido Smart afirma que “Las mujeres fueron más y más asociadas con sus cuerpos directamente, y sus cuerpos fueron sobredeterminados y patológicos. Es posible argumentar que el discurso científico, médico y, más tarde, psicoanalítico operan para crear las diferencias de género, que hemos de tomar por diferencias naturales, pero, lo que es más importante, estos discursos han interpretado como natural el ideal de las diferencias naturales”. SMART, Carol. La mujer del discurso jurídico. In: LARRAURI, Elena. *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1994, p. 182.

⁶ Bourdieu esclarece que “arbitraria e em estado isolado, a divisão das coisas e das atividades (sexuais e outras) segundo a oposição entre o masculino e o feminino recebe sua necessidade objetiva e subjetiva de sua inserção em um sistema de oposições homólogas, alto/baixo, em cima/embaixo, na frente/atrás, direita/esquerda, reto/curvo (e falso), seco/úmido, duro/mole, temperado/insosso, claro/escuro, fora (público)/dentro (privado), etc., que, para alguns, correspondem a movimentos do corpo (alto/baixo/subir/descer, fora/dentro/sair/entrar). Semelhantes na diferença, tais oposições são suficientemente concordes para se sustentarem mutuamente, no jogo e pelo jogo inesgotável de transferências práticas e metáforas; e também suficientemente divergentes para conferir, a cada uma, uma espécie de espessura semântica, nascida da sobredeterminação pelas harmonias, conotações e correspondências”. BOURDIEU, Pierre. *Op. cit.*, p. 16.

⁷ Nesse sentido, Olsen menciona que “tres características de este sistema de dualismo resultan importantes para la discusión que sigue. Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino

O androcentrismo teria incorporado os critérios da diferenciação biológica entre os sexos e os reproduzido em outros âmbitos, de tal modo que as diferenças sociais, políticas e econômicas entre os sexos passaram a ser vistas também como naturais e hierarquizadas, perpetuando a manutenção da ordem. Nesse contexto, foi natural que aos homens fossem reservados os espaços públicos, a vida política, o trabalho remunerado, enquanto às mulheres coubessem o ambiente privado, a vida doméstica, os cuidados dos filhos⁸.

Foi em oposição ao determinismo biológico, ou à chamada “atitude natural”⁹, que as feministas desenvolveram o conceito de gênero, incluindo neste a compreensão da relevância da experiência cultural à diferenciação dos sexos.

Análises ainda mais questionadoras da própria noção de sexo sugeriram que a diferenciação biológica que cria o binômio homem/mulher é *também* resultado de um processo cultural e não simplesmente a enunciação de uma realidade dada pela natureza. Nascer com o corpo de homem ou de mulher não seria suficiente para definir o sexo do indivíduo, processo que somente se completaria pelo acultramento¹⁰.

que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Y tercero, el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos”. OLSEN, Frances. El sexo del derecho. *In: Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 25. Baratta analisa as análises elaboradas por Sandra Harding, que “mostrou como a ciência moderna, o modelo hegemônico “normal” da consciência científica, baseia-se na oposição entre sujeito e objeto, entre razão e emoção, entre espírito e corpo. Em qualquer destas oposições, o primeiro termo deve prevalecer sobre o segundo, sendo que aquele corresponde à qualidade “masculina” e este àquela “feminina”. Desta maneira, o paradigma da ciência moderna assegura a dominação masculina e, ao mesmo tempo, a esconde, mantendo, assim, a diferença de gênero ignorada”. BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. Tradução de Ana Paula Zommer. *In: Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 20.

⁸ É interessante a análise de Bourdieu sobre como se deu a definição social do corpo: “O paradoxo está no fato de que são as diferenças visíveis entre o corpo feminino e o corpo masculino que, sendo percebidas e construídas segundo os esquemas práticos da visão androcêntrica, tornam-se o penhor mais perfeitamente indiscutível de significações e valores que estão de acordo com os princípios desta visão: não é o falo (ou a falta de) que é o fundamento desta visão de mundo, e sim é essa visão de mundo que, estando organizada segundo a divisão em *gêneros relacionais* masculino e feminino, pode instituir o falo, constituído em símbolo da virilidade, de ponto de honra caracteristicamente masculino; e instituir a diferença entre os corpos biológicos em fundamentos objetivos da diferença entre os sexos, no sentido de gêneros construídos como duas essências sociais hierarquizadas. Longe de as necessidades da reprodução biológica determinarem a organização simbólica da divisão social do trabalho e, progressivamente, de toda a ordem natural e social, é uma construção arbitrária do biológico, e particularmente do corpo, masculino e feminino, de seus usos e de suas funções, sobretudo na reprodução biológica, que dá um fundamento aparentemente natural à visão androcêntrica da divisão sexual e da divisão sexual do trabalho e, a partir daí, de todo o cosmos”. BOURDIEU, Pierre. *Op. cit.*, p. 32-33.

⁹ LAMAS, Marta. *Op. cit.*, p. 66.

¹⁰ Sobre o aspecto cultural da diferenciação biológica, Beleza menciona que “... o sexo e a raça, habitualmente referidos como categorias científicas, objectivas, neutras, de evidência biológica e descomprometida serão tudo menos isso. Não é nos nossos genes, por muito que para eles olhemos, que poderemos encontrar qualquer explicação para qualquer diferença. Os códigos de sentido de que foram investidas tais variáveis biológicas são fenômenos culturais, só historicamente apreensíveis, de que fazem parte essencial os processos de absorção pelo senso comum das categorias referidas. Essa incorporação no senso comum é feita das mais variadas maneiras, em toda a sorte de práticas e discursos culturais e quotidianos”. BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de*

Todavia, como bem observou Judith Butler, a vantagem de se situar a dualidade do sexo em domínio pré-discursivo, anterior à cultura, é que se assegura eficazmente a estabilidade interna da ordem social e a própria estrutura binária do sexo. Diante disso, encontram cabimento as seguintes indagações propostas pela autora: Teria o sexo uma história? Possuiria cada sexo uma história ou histórias diferentes? Haveria uma história de como se estabeleceu a dualidade do sexo, uma genealogia capaz de expor as opções binárias como uma construção variável? Seriam os fatos ostensivamente naturais do sexo produzidos discursivamente por vários discursos científicos a serviço de outros interesses políticos e sociais?¹¹

Bourdieu responde a algumas dessas indagações enfatizando o papel da dominação masculina no processo de construção da dualidade dos sexos. Segundo ele, a visão androcêntrica percebe e constrói as diferenças nos corpos masculinos e femininos, de modo que estes adquirem significações conformes à própria realidade que se pretende manter.

Ou seja, são escolhas que determinam as significações dos corpos e estas escolhas seguem a visão androcêntrica do mundo. É ela quem decide destacar específicas diferenças, e ocultar semelhanças. É ela quem descreve e valora os corpos, e pela sua perspectiva o sexo masculino é o padrão e o feminino, o desvio. É a visão androcêntrica que determina a superioridade dos atributos relacionados ao homem naqueles dualismos decorrentes da distinção homem/mulher. É, enfim, a visão androcêntrica que faz da diferenciação morfológica dos corpos o fundamento para a subjugação da mulher ao poder masculino, fazendo crer que os critérios da biologia são imunes aos processos culturais¹².

Segundo as teorias feministas, o androcentrismo tem se valido com sucesso dos discursos científicos, os quais funcionam como engrenagem para a manutenção da ordem estabelecida¹³. Aliás, não só à proliferação da discriminação entre os sexos tem se prestado

Cassandra. Lisboa: AAFDL, 1993, p. 134. Sobre este mesmo fenômeno: BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 21 e ss.

¹¹ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Traduzido por Renato Aguiar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 25.

¹² Por essa razão, Smaus afirma que “es indispensable hacer la diferencia entre sexo biológico y género social. No es sólo que “género” sea definido socialmente, sino que un simple vistazo a la historia nos demuestra que hasta la misma “diferenciación biológica” de sexos es aún construida artificialmente en la medida en que las diferencias son destacadas y las similitudes, por el contrario, oprimidas”. SMAUS, Gerlinda. *Teoría del conocimiento feminista y criminología de la mujer*. *RBCrim* nº 27, v. 7, 1999, p. 237.

¹³ Nesse sentido Smaus acrescenta que “en un comienzo tuvo que ser descubierto que la ciencia humana (del hombre), a primera vista objetiva, tiene su origen en el hombre. No es sólo que el sector del campo laboral denominado “ciencia” esté ocupado de modo casi absoluto por hombres, sino que ve el mundo desde una perspectiva masculina y lo interpreta a favor suyo. Bajo androcentrismo de la ciencia no se entiende una expresión de comportamientos biológicos masculinos, sino una forma expresiva de identidades, formas

a ciência. Como lembra Maria Teresa Beleza, o discurso científico foi de suma importância também às ideologias racistas¹⁴.

Por fim, é interessante mencionar exemplos citados por Bourdieu que demonstram como a sociedade apreende a significação dos corpos a partir da ideologia androcêntrica. Os atributos sexuais masculinos, que pela representação comum são associados à dureza, potência, ereção, rigidez, poderiam, pelo ponto de vista oposto, ser pensados por analogia com as coisas que pendem moles, sem vigor, enrugadas, impotentes. O sociólogo cita um ditado: “Você, sua equipagem despenca, diz a mulher ao homem, ao passo que eu, eu sou uma pedra bem soldada”¹⁵.

É porque existe uma indeterminação parcial de certos objetos que emerge a possibilidade das interpretações antagônicas, como coloca Bourdieu. Surge, assim, a oportunidade dos dominados oferecerem resistência ao efeito da imposição simbólica.

É isso que faz o movimento feminista: ele aproveita essa oportunidade e se lança na *luta cognitiva* pelo sentido das realidades demarcadas pelas diferenças sexuais¹⁶. Nessa luta, mostrou-se de suma importância a substituição do paradigma biológico pelo paradigma do gênero, como veremos a seguir.

prácticas y necesidades de los hombres modeladas por la sociedad. El androcentrismo en la ciencia está relacionado tanto con los conflictos surgidos de la división del trabajo, como con los intereses masculinos individuales. SMAUS, Gerlinda. *Op. cit.*, p. 236.

¹⁴ “A produção científica sobre a distribuição das pessoas por raças e sexos é vastíssima e atingiu o seu ponto culminante provavelmente no séc. XIX, o século de todas as verdades. Acompanha toda a elaboração de discursos científicos de produção da normalidade, que é como quem diz, de definição elaborada da delinquência, da loucura, do incivilizado, do homossexual, da maria-rapaz, das intelectuais bas-bleus. Nesse sentido, o sexo e a raça têm uma história próxima e comum, na medida em que foram processos históricos de discriminação baseados num discurso científico-político de alteridade, da segregação discursiva autoritária do OUTRO, do diferente, daquilo que *não-é*. Na base dos defeitos e incompletudes do “negro”, o homem branco construiu a sua própria perfeição e glória e justificou o seu poder. Na contraposição ao “feminino” – mesmo quando, horror supremo, o encontrava em si próprio ou entre os seus – os homens construíram a sua virilidade, o seu domínio e a subjugação das outras pessoas. (...) A história das “descobertas” da Biologia sobre a diferença entre as raças – sempre com a superioridade europeia como pano de fundo – e entre os sexos – têm muitos pontos de contacto, e não era incomum a associação entre negros e mulheres no século passado. Charles DARWIN associou características femininas às raças (nas suas palavras) “inferiores”. E o frenologista francês F. PRUNER escreveu, em 1986: “o negro assemelha-se à mulher no seu amor pelas crianças, a família, a casa... o homem negro está para o homem branco como a mulher para o homem em geral: um ser de amor e de prazer”. BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Op.cit.*, p. 135 e ss.

¹⁵ BOURDIEU, Pierre. *Op.cit.*, p. 22-23.

¹⁶ “Quando os dominados aplicam àquilo que os domina esquemas que são produto da dominação, ou, em outros termos, quando seus pensamentos e suas percepções estão estruturados de conformidade com as estruturas mesmas da relação da dominação que lhes é imposta, seus atos de *conhecimento* são, inevitavelmente, atos de *reconhecimento*, de submissão. Porém, por mais exata que seja a correspondência entre as realidades, ou os processos do mundo natural, e os princípios de visão e de divisão que lhes são aplicados, há sempre lugar para uma *luta cognitiva* a propósito do sentido das coisas do mundo e particularmente das realidades sexuais”. BOURDIEU, Pierre. *Op. cit.*, p. 22.

2.2 O PARADIGMA DO GÊNERO

Como mencionado anteriormente, a construção da noção de gênero foi uma resposta formulada pelo movimento feminista ao determinismo biológico que imperava no processo social de diferenciação entre os sexos.

O termo gênero tornou-se uma categoria analítica central para o desenvolvimento dos estudos e debates feministas em praticamente todos os ramos da experiência humana, como na História, na Medicina, na Literatura, na Política, na Psicologia, no Direito, na Linguagem, nas Artes, etc.. Dada a adequação da noção de gênero a todas as esferas da vida humana, puderam as teóricas feministas explorar esse conceito em seus mais diversos matizes.

Segundo Lamas, gênero corresponde ao conjunto de ideias, representações, práticas e prescrições sociais que uma cultura desenvolve a partir da diferença anatômica entre os sexos para simbolizar e construir socialmente o que é próprio dos homens (o masculino) e o que é próprio das mulheres (o feminino)¹⁷.

Raposo define gênero como uma construção social que cria discriminações entre os sexos biológicos a partir de um processo de aculturação originado no contexto econômico, político, social e cultural que os envolve. Submetidas a esse processo, as pessoas acabariam por incorporar atributos masculinos ou femininos, fixando-se em um dos dois gêneros concebidos pela sociedade¹⁸.

Beleza refere-se à construção do gênero como um conjunto de processos sociais, práticas e discursos, científicos ou não, através dos quais as imagens e as identidades masculinas e femininas são constantemente criadas, refeitas ou alteradas, mantendo-se, sempre a generalizada crença na bipolarização das pessoas¹⁹.

Baratta, ao se debruçar sobre os estudos de várias feministas, esclarece que, em contraposição ao paradigma biológico, essas teóricas definiram o paradigma do gênero partindo de três afirmações básicas: 1) as formas de pensamento, linguagem e as instituições sociais possuem uma implicação estrutural com a dicotomia masculino-feminino; 2) os gêneros não são naturais e não dependem do sexo biológico, constituindo o resultado de uma construção social; 3) os pares de atributos correspondentes a cada um dos

¹⁷ LAMAS, Marta. *Op.cit.*, p. 65.

¹⁸ RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁹ BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Op.cit.*, p. 431.

sexos atuam como instrumentos simbólicos de distribuição de poder entre homens e mulheres²⁰.

Em que pese o fato da sua larga utilização implicar em uma problemática ampliação e conseqüente confusão de seu significado, a noção básica de gênero está centrada na construção cultural do que se entende por homem ou mulher, e, conseqüentemente, das funções sociais que se atribuem a um ou outro sexo, em oposição à origem biológica das diferenças estabelecidas entre eles. Assim, enquanto a natureza teria determinado as diferenças inatas e imutáveis dos corpos, a cultura seria responsável pela artificial atribuição às pessoas de papéis e posições sociais femininos ou masculinos, criando as discriminações de gênero.

Ao negar o paradigma biológico e dar ênfase ao paradigma do gênero, as feministas tentavam fugir do determinismo que congela o *status quo*, abrindo caminho às transformações que poderiam subverter a então corrente ordem de construção social da diferença, dominada pelo androcentrismo. Como assinala Beleza, uma causa cultural para a diferenciação entre homens e mulheres parece ser mais suscetível de alterações ou correções do que argumentos de base biológica²¹.

A construção das diferenças de gênero, segundo as teorias feministas, ocorreria no âmbito das instituições sociais, responsáveis pela manutenção e reprodução da dominação masculina da sociedade. Nesse sentido, a família, a escola, o Estado (e seus poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), as religiões, o meio acadêmico científico, o mercado (como espaço das relações de troca), os meios de comunicação, enfim, todos os âmbitos em que possa realizar-se a experiência inter-relacional dos indivíduos seriam reprodutores da visão androcêntrica do mundo, que impõe a distinção dos gêneros, estabelecendo uma hierarquia entre o que é típico das mulheres e o que é atributo dos homens.

Se a distinção de gênero resulta de uma construção social, deduzem as feministas que transformações nesse processo de construção poderiam determinar o equilíbrio entre homens e mulheres, ou mesmo a inversão da hierarquia estabelecida. Dessa forma, a concepção de gênero como categoria passível de transformação - dado seu caráter cultural e não inato - tem se prestado à política feminista como premissa básica.

Todavia, com o passar do tempo, o emprego do gênero como categoria analítica começou a dar mostras de seus limites, refletindo, não por mero acaso, a crise interna pelo qual passava, ou ainda passa, o movimento feminista.

²⁰ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 23.

²¹ BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Op. cit.*, p. 443.

Nesse sentido, pode-se observar que as próprias definições de gênero mencionadas acima, apesar de afirmarem em uníssono o fundamental aspecto social da construção da diferença, deixam transparecer a fresta que abriu espaço às críticas hodiernamente formuladas ao conceito.

Com efeito, considerando a já questionada²² estabilidade do sexo binário, o que dessa feita entrou em xeque foi a visão de que, a partir dos corpos de homens e de mulheres, possam ser socialmente construídos apenas *dois* gêneros, o masculino e o feminino.

Como expõe Butler, a relação mimética entre sexo e gênero, na qual o gênero reflete ou é limitado pelo sexo, peca por sugerir que a construção do gênero deva seguir eixos universais da diferença sexual (o masculino ou o feminino), como se os corpos fossem sujeitos passivos de uma lei cultural inexorável. O gênero passa a ser tão fixo e determinado quanto na formulação biologista da diferenciação dos sexos. Como descreve a autora, “não a biologia, mas a cultura se torna o destino”²³.

Ao passo que uma concepção flutuante de gênero possibilitaria que *homem* e *masculino* signifiquem, com a mesma facilidade, tanto um corpo feminino como um masculino, o mesmo ocorrendo com *mulher* e *feminino*, que podem responder igualmente por corpos masculinos e femininos. Ou seja, a aparente bipolaridade dos sexos biológicos não seria determinante para a construção do gênero, de forma que os atributos dos gêneros masculino ou feminino poderiam se realizar em qualquer corpo sexuado, autônoma, simultânea, ou, ainda, sucessivamente.

Essa crítica vem acompanhada por todo um processo, que teve início na última década do século passado, de reconhecimento da diversidade do sujeito que o feminismo pretende representar. De fato, mulheres lésbicas, negras e pertencentes a grupos de minorias étnicas passaram a se insurgir contra a tendência desenhada pelo movimento feminista de considerar que a mulher branca, heterossexual, da classe média e dona de casa representaria suficientemente toda a sorte de opressões vivenciadas pelas mulheres na sociedade.

Nesse contexto, afirma-se que a visão de gênero como algo estável e taxativo ignora a construção variável da identidade e que sua adoção pelo feminismo produz uma

²² Como já analisado anteriormente, a ideia de que a distinção biológica entre os sexos seja pré-discursiva, portanto, imune ao processo de aculturação, deixou de ser pacífica. Vimos que há quem sustente que a bipolarização dos sexos é, assim como o gênero, socialmente construída.

²³ BUTLER, Judith. *Op. cit.*, p. 26.

reificação das relações de gênero, que é precisamente o que o movimento feminista pretende combater.

Tal fato se dá, na opinião de Lamas, porque muitas feministas, em especial as norte-americanas, não manejam o conceito psicanalítico de diferença sexual, de forma que ignoram o papel do inconsciente na formação da identidade sexual, assim como desconhecem a instabilidade dessa identidade, imposta em um sujeito que é fundamentalmente bissexual²⁴.

Segundo essa autora, dado que estamos todos inseridos em um esquema que postula a complementaridade dos sexos e a normatividade da heterossexualidade²⁵, é imprescindível que nos valhamos da perspectiva psicanalítica a fim de esclarecer os processos psíquicos e culturais por meio dos quais as pessoas se convertem em homens ou mulheres.

O gênero foi alçado pelas feministas como *paradigma exclusivo* no tocante às origens sociais das identidades subjetivas de homens e mulheres, e assim acabou-se ocultando o papel do inconsciente humano. Contudo, é neste que se assume o sexo, independentemente da anatomia dos corpos, é no inconsciente que as referências biológicas são simbolizadas e a identidade sexual definida.

Como esclarece Lamas, a psicanálise explora a forma como cada sujeito elabora a diferença sexual em seu inconsciente, e como, a partir dessa operação, posiciona seu desejo sexual e assume a masculinidade ou feminidade. A psicanálise desenvolveu o mais complexo e elaborado aparato existente na atualidade para se compreender a constituição da subjetividade e da sexualidade, assim como o processo mediante o qual o sujeito resiste ou se submete ao código cultural.²⁶

A identidade social das pessoas como homens ou mulheres, ou seja, a identidade de gênero, e a identidade sexual, que por sua vez é estruturada no inconsciente do indivíduo, não são a mesma coisa. O modo como um sujeito sexuado assume inconsciente e imaginariamente sua diferença de sexo é especialmente relevante na estruturação psíquica do desejo e na formação da sua identidade sexual²⁷.

²⁴ LAMAS, Marta. *Op.cit.*, p. 68.

²⁵ “Al examinar cómo el género estructura la vida material y simbólica salta a la vista el papel constitutivo que tiene para esta simbolización la complementariedad reproductiva. Esta complementariedad, recreada en el lenguaje y en el orden representacional, favorece una conceptualización biologicista de la mujer y del hombre, de la femineidad y la masculinidad, y formula una supuesta “naturalidad” de la heterosexualidad. Desde la lógica del género, la relación entre los sexos aparece como complementaria, no sólo en el aspecto reproductivo sino en muchos otros: afectivo, económico, etc.”. LAMAS, Marta. *Op.cit.*, p. 78.

²⁶ LAMAS, Marta. *Op.cit.*, p. 78.

²⁷ LAMAS, Marta. *Op.cit.*, p. 76.

Por essa razão, ainda que se deva reconhecer a importância dos corpos, estes não podem ser tratados como a base para o processo social de construção do gênero. É na psique humana que se encontram as experiências vivenciadas pelos indivíduos, como suas fantasias, angústias e medos, de forma que o universo do inconsciente humano precisa ser investigado a fim de que se possa compreender como são inscritas e representadas a feminilidade e a masculinidade.

De qualquer forma, valendo-se ou não da psicanálise, o importante é que o conceito de gênero, assim como a teoria feminista, precisaram se abrir para incorporar as múltiplas possibilidades de construção de identidades, sob pena de, ao não fazê-lo, recaírem nas mesmas reificações adotadas pelo paradigma biológico.

2.3 O DIREITO E O GÊNERO

Como visto, a construção teórica feminista parte da premissa de que a construção da diferença de gênero é guiada pela visão androcêntrica do mundo, reflexo da dominação masculina que se instaurou no decorrer da história²⁸.

Também já vimos que o discurso científico, em especial o da biologia, foi instrumento fundamental para a imposição desta dominação masculina.

A seguir, tentaremos demonstrar de que forma o discurso jurídico contribui à construção da diferença de gênero. Com efeito, o Direito possui um papel relevante na legitimação do poder dominante. É por meio dele que são reguladas as diferentes esferas da vida humana, desde a mais genérica, no âmbito das relações internacionais, até a mais especial, na intimidade das relações familiares.

É claro que não apenas as leis jurídicas possuem o poder de incutir as discriminações de gênero no âmbito da vida pública e particular dos indivíduos. Existem muitos outros tipos de regras que não são normatizadas pelo Direito, como as regras de comportamento, escolares, religiosas, laborais e outras. Contudo, somente o Direito impõe-se de forma universal e coercitiva.

²⁸ Nesse sentido, assinala Baratta que o denominador comum mínimo a todas as correntes feministas é a “demolição do modelo androcêntrico da ciência e a reconstrução de um alternativo”, introduzindo-se neste o ponto de vista da luta emancipatória das mulheres. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 21. As correntes feministas irão propor diferentes formas de subverter a dominação masculina, caindo, por vezes, no erro de considerar que a opressão dos homens sobre as mulheres é a única ou a mais relevante, ou de que todas as mulheres sofram as consequências da dominação masculina com a mesma intensidade.

Graças a esse caráter universal e coercitivo, o Direito tem sido um dos responsáveis pela legitimação da diferença de gênero e, nesse sentido, reflete – ainda que lentamente – as transformações sociais que foram responsáveis não apenas pela segregação da mulher, como também pelo seu movimento de emancipação. Ou seja, assim como a condição subordinada da mulher em relação ao homem passa pelo Direito, a conquista de igualdade de condições também deve passar por ele, pois o Direito fornece a legitimação jurídica das transformações sociais.

Por essa razão, o Direito é campo profícuo às investidas feministas, ora servindo-as como instrumento, ora como palco de luta.

Nesse sentido, Smart²⁹ desenvolveu um importante estudo para demonstrar que o Direito não é apenas enviesado em relação ao gênero, como ele mesmo corresponde a uma estratégia criadora de gênero. A autora identificou três fases no desenvolvimento da ideia de que o Direito tem gênero, as quais correspondem aos estágios de reflexão da própria Teoria Feminista do Direito.

A primeira etapa pode ser resumida pela frase “o Direito é sexista”, e quer dizer que o Direito situa a mulher em posição desvantajosa em relação ao homem na medida em que lhe garante menos recursos materiais, utiliza critérios aplicáveis somente a ela, denega-lhe igualdade de oportunidades, ou, ainda, não reconhece os danos decorrentes do tratamento discriminatório.

Segundo este ponto de vista, a parcialidade do Direito é passível de correção, sendo para tanto necessária a redefinição do seu enfoque, de modo que todos os sujeitos, independentemente do sexo, sejam tratados da mesma forma. Uma das estratégias para atingir essa correção aponta para a necessidade de se introduzir termos e expressões neutras no Direito, em lugar daqueles que expõem as distinções de gênero, além da implementação de políticas de reeducação para a eliminação dos signos discriminatórios.

Na prática, resume Baratta, esse enfoque conduz as ações feministas ao exercício de pressão para que o sistema corrija seus desvios e atue conforme seus próprios princípios, ou seja, sem discriminações de sexo³⁰.

A crítica que Carol Smart faz à visão sexista do Direito é que este enfoque confunde o significado da diferenciação entre os sexos, da discriminação entre eles, como se o Direito tratasse mal as mulheres apenas na medida em que as trata de forma diversa de como o faz em relação aos homens. No entanto, a transposição da mulher para uma

²⁹ SMART, Carol. *Op. cit.*, p.170 e ss.

³⁰ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 28.

condição de padrão normalmente ocupada pelo homem não parece ser uma solução satisfatória, diante da impossibilidade de se representar todas as mulheres em termos universais. Ainda que se afastasse o sexismo do Direito, outras formas de opressão seriam mantidas.

Além disso, e com maior relevância, acrescenta-se que, ao se compreender o Direito como sexista, tem-se em vista que as diferenças sexuais seriam apenas uma questão de ordem fenomênica, e que a simples erradicação dessas diferenças – pela neutralização terminológica, por exemplo – pudesse conduzir à eliminação das discriminações construídas culturalmente.

Diante dessas limitações apresentadas pela compreensão do Direito como sexista, feministas passaram a trabalhar sobre uma nova ideia: a de que “o Direito é masculino”. Longe de tal afirmativa resultar da mera observação de que os homens dominavam o mundo jurídico de então, ela nasce também da constatação de que a masculinidade foi incorporada aos valores e práticas, adquirindo, assim, autonomia em relação ao referente biológico masculino. Dessa forma, valores assumidos como fundamentais para o Direito, como objetividade e imparcialidade, seriam valores masculinos que foram tomados como universais. Para essas feministas, o Direito fracassa em atender às necessidades das mulheres na medida em que acaba por submetê-las aos valores masculinos.

A solução para as feministas partidárias desse enfoque seria concorrer com a visão androcêntrica a fim de impor o ponto de vista feminino. Dever-se-ia buscar a substituição dos sistemas masculinos por meio da valorização dos instrumentos de conhecimento e de ações normalmente associados às mulheres³¹.

Smart tece três críticas a esse enfoque: a primeira é que tal ponto de vista se abstém de explorar as contradições internas do Direito, atribuindo-lhe uma pretensa unidade. A segunda aponta para o equívoco de se acreditar que qualquer sistema baseado em valores universais e na aplicação de decisões, em tese, imparciais, obedeça de forma sistemática aos interesses dos homens, como se fosse possível reduzi-los a uma categoria unitária. O que leva à terceira crítica formulada por Smart, que adverte que qualquer argumento que dê destaque à divisão binária homem/mulher ou masculino/feminino acaba obscurecendo outras formas de diferenciação, especialmente aquelas existentes entre estas dicotomias.

³¹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 29.

Por fim, ao buscar superar tais críticas, as feministas alcançaram a terceira etapa no desenvolvimento da relação entre Direito e gênero, exatamente aquela que afirma que o “Direito tem gênero”³².

Então, o Direito deixa de ser o sistema com força de impor a neutralidade de gênero, para se redefinir como um dos sistemas que produz não apenas a diferença de gênero como outras formas de diferenças polarizadas.

Como assinala Smart, esta última perspectiva permite examinar a maneira como o Direito se dedica à diferenciação de gênero evitando-se o perigo dos argumentos que fixam categorias de homens ou mulheres. Ao se valer desse novo enfoque, muda-se a direção da investigação que vinha sendo desenvolvida até o momento. Com efeito, deixa-se de perguntar “como o Direito supera o gênero” e passa-se a uma nova indagação: “como funciona o gênero dentro do Direito” e, ainda, “como o Direito cria o gênero”. Contudo, o mais importante segundo Smart, é que o objetivo da neutralidade de gênero no Direito é abandonado. A igualdade absoluta já não é mais a grande aspiração feminista.

Para compreender como o Direito se apresenta como estratégia criadora de gênero, Smart diferencia dois significados que em sua opinião trabalham simbioticamente: a Mulher e os tipos de mulher. Enquanto Mulher evoca a ideia de oposição a Homem, a construção discursiva de diferentes tipos de mulher refere-se à mulher criminosa, à prostituta, à mãe solteira, à mãe infanticida, etc.. Ou seja, este duplo movimento cria a possibilidade de diferenciação entre as mulheres, ao mesmo tempo em que – independente do tipo em que são enquadradas – todas pertencem a uma única categoria que se opõe a Homem³³. Para a autora, essa dupla estratégia é central na construção discursiva da mulher moderna.

Feita esta distinção, a autora inicia seu argumento de que o Direito cria gênero a partir da observação de que o final do século XVIII e o século XIX representam um

³² Baratta menciona que “O enfoque comum deste grupo de teorias vem, em primeiro lugar, da *relatividade histórica* e da negociabilidade dos *sets* de qualidade e de valores atribuídos aos gêneros e aos sistemas (ciência, direito); em segundo lugar, da *transversalidade* do mundo real de cada mulher em relação às diversas variáveis dos relacionamentos de desigualdades e das diferenças culturais (mulher-homem, criança-adulto, negro-branco, diversidades de classe social, culturais, étnicas, religiosas); em terceiro lugar, da *flexibilidade* e redefinibilidade dos limites culturais e institucionais entre as esferas da experiência e da vida social (público/privado, obrigações/direito, em contraposição a cuidado/atenção, mercado/solidariedade, paixão/razão, corpóreo/espiritual)”. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 34.

³³ “Por esta razón, la Mujer ha sido siempre *ambos*, bueno y asesina, activa y agresiva, virtuosa y bruja, querida y abominable; no ha sido virtuosa o demonio. La mujer representa, por tanto, un dualismo y, también una cara de una distinción binaria anterior. Por ello en el discurso jurídico la prostituta es construida como la mala mujer, pero personificando al mismo tiempo a la Mujer en contradistinción con el Hombre. Porque la prostituta el lo que cualquier mujer puede ser y porque representa la desviación y la licencia que deriva de la forma de su (supuestamente natural) cuerpo, mientras el hombre permanece inocuo”. SMART, Carol. *Op. cit.*, p. 181.

momento importante da história do gênero, já que nesse período acentuou-se a polarização das diferenças de gênero, que não só se tornaram mais fixas e rígidas, como também foram aceitas como naturais e determinadas. Foi também no século XIX que o Direito legitimou diversos níveis da exclusão social da mulher, especialmente concentrados na legislação civil.

Por fim, para demonstrar seu argumento, Smart relaciona os diversos estatutos jurídicos que na Inglaterra, desde o século XVII, trataram da mãe solteira. Desde uma lei de 1623, que presumia a culpa da mãe solteira pela morte do filho, passando por uma lei de 1753, que restabeleceu a presunção de inocência, mas em contrapartida estendeu sua aplicação aos casos em que não houvesse morte, ou ainda por outra lei de 1913, que facilitou o encarceramento das mães solteiras baseando-se em deficiências morais ou mentais, até recente discussão ocorrida no Parlamento britânico em 1990, quando foi analisada uma lei que, ao tratar de fertilização humana, impunha critérios mais rigorosos para a obtenção do tratamento de fertilização pelas mulheres solteiras.

Ao traçar esse histórico, Smart pretende demonstrar como, ao desenvolver o sujeito jurídico mãe solteira, o Direito construiu uma categoria de mulheres compreendidas como problemáticas e desestabilizadoras e, ainda que esta categoria não seja fixa ou invariável, a ela são associados significados que conduzem invariavelmente a conclusões nesses sentidos³⁴.

Para Smart, o Direito é um agente parcial do conhecimento que se constrói acerca da categoria Mulher e de todos os diferentes tipos de mulher igualmente categorizados³⁵. Ao feminismo caberia a missão de desconstruir esta Mulher do discurso jurídico, sem, contudo, recolocar uma nova versão em seu lugar – sob pena de obscurecer a diversidade existente.

Baratta, ao analisar o pensamento feminista desta etapa, que ele denomina “pensamento contextual feminista”, afirma que este deve buscar a reconstrução da subjetividade humana integral, reunindo nela as qualidades e os valores que foram separados e polarizados na criação social dos gêneros. Em suas palavras, trata-se de “reconstruir as premissas teóricas e materiais para uma estratégia capaz, contemporaneamente, de respeitar a especificidade das lutas, e de reconstruir, continuamente, a sua inter-relação e a sua globalidade”³⁶.

³⁴ SMART, Carol. *Op. cit.*, p. 185 e ss.

³⁵ SMART, Carol. *Op. cit.*, p. 186.

³⁶ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 36.

2.4 GÊNERO, CRIMINOLOGIA E DIREITO PENAL

Não é coincidência que as feministas tenham elaborado a noção de gênero no mesmo momento histórico em que despontava a Criminologia crítica.

Em meados da década de sessenta do século passado, nos Estados Unidos, a Criminologia crítica surgiu para reformular as questões a que se dedicava a Criminologia até então. Abandonando, definitivamente, o paradigma etiológico-determinista, ela retirou do delinquente o foco de sua investigação, direcionando-o ao funcionamento dos sistemas de controle que selecionam as pessoas que serão tratadas como criminosas.

Com efeito, a Criminologia tradicional, influenciada pelo positivismo do final do século XIX, buscava no próprio criminoso as causas supostamente naturais para o seu comportamento desviante. Ao identificar as características determinantes desse comportamento, a Criminologia tradicional pretendia forjar mecanismos especialmente destinados a modificar ou anular a delinquência, como se fosse possível submeter o criminoso a um tratamento médico que inibisse sua atitude desviante.

Nesse sentido, Lombroso, tido como pai da Criminologia científica tradicional, desenvolveu uma série de pesquisas com as quais tentava demonstrar que a tendência para comportamentos criminosos seria determinada pelos atributos físicos e psicológicos do indivíduo, que se diferenciavam daqueles presentes nos indivíduos não delinquentes. Depois de identificar o homem delinquente, Lombroso e Ferrero concluíram que os baixos índices de criminalidade feminina são decorrentes da maternidade e que, por outro lado, a criminalidade inata feminina está associada diretamente à prostituição³⁷, sendo a prostituta o equivalente do homem delinquente.

³⁷ “La coexistence chez la femme, de la cruauté et de la pitié est une autre contradiction pleinement résolue dans nos études par l’influence de la maternité qui, en se greffant sur la cruauté primitive, en fait souvent jaillir la douceur; de même son inferiorité en génie, en force et en variabilité, nous explique pourquoi, étant peut-être moins morale, la femme est cependant moins souvent criminelle. Tout cela, joint à l’atavisme et aux puissantes ardeurs masculines, nous aide à comprendre comment l’équivalent de la criminalité inné est chez elle, bien plus que le délit ou le crime, la prostitution, qui ne devrait cependant pas logiquement exister chez un être si peu accessible aux paroxismes érotiques”. Os dados para a realização dessa pesquisa foram coletados a partir da observação e análise de 1.083 “mulheres criminosas”, 176 crânios de “mulheres criminosas”, 685 prostitutas, 225 mulheres “mulheres normais” e 38 crânios de “mulheres normais”. LOMBROSO, C. ; FERRERO, G.. *La femme criminelle et la prostituée*. Paris: Ancienne Librairie Germer Baillière et C^{ie} Félix Alcan Éditeur, 1896, p. XI e p. 288.

É bem verdade que a superação do paradigma etiológico pela Criminologia crítica não representou, todavia, o completo abandono da ideia de que criminosos e crimes possam ser corrigidos e eliminados³⁸. Contudo, ocorreu uma significativa mudança de perspectiva marcada, sobretudo, pela compreensão de que as normas penais expressam o domínio de uma classe, ou de um grupo sobre os demais, refletindo os conflitos decorrentes do pluralismo axiológico que impera na sociedade. No plano individual, a abordagem do comportamento desviante deixou de ser realizada por meio de modelos estáticos e descontínuos, os quais foram substituídos por modelos dinâmicos e contínuos, a fim de dar conta das múltiplas realidades que podem decorrer da interação entre delinquente e sistemas de controle³⁹.

A Criminologia crítica reformulou as questões que envolvem o comportamento delinquente: deixou de investigar as causas ontológicas para a prática do crime e passou a questionar como se desenvolvem os processos sociais que levam determinadas pessoas, e não outras, a serem tratadas como criminosas⁴⁰.

Como resume Baratta, são regras e valores historicamente determinados que definem quais classes de comportamentos e de sujeitos serão considerados como desviantes e, a partir dessa classificação, são etiquetadas certas atitudes e pessoas *in concreto*. Dessa forma, a qualidade de criminal ou de desviante deixa de ser compreendida como uma característica natural, nos termos do paradigma etiológico da Criminologia tradicional, e se converte em um atributo estabelecido por meio de processos sociais de definição e de reação⁴¹.

Por essa perspectiva, o processo de criminalização passa a ser compreendido como intimamente ligado às relações de poder encontradas no meio social, que determinam a desigual distribuição dos riscos e das imunidades diante do sistema de justiça criminal. É

³⁸ Cabe anotar a observação de Dias e Andrade de que embora superados “os pressupostos que legitimaram o ‘modelo médico’ – isto é, a crença de que o crime tem a natureza de sintoma de uma doença subjacente -, ele continua a inspirar grandemente as representações dos cidadãos e os programas dos políticos. Nos momentos de crise aqueles reclamam e estes prometem, invariavelmente, uma intervenção mais eficaz para ‘erradicar’ o crime e as suas causas, ou para ‘tratar’ os delinquentes”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 4.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 43.

⁴⁰ Sobre a nova perspectiva apresentada pela criminológica crítica LARRANDART menciona que “las instituciones actúan de filtro frente a los hechos, de modo que definen su naturaleza, su significado social y cultural y sus consecuencias institucionales y subjetivas. Desde este paradigma, estudiar la desviación significa esencialmente estudiar estos procesos de definiciones, puesto que la desviación es una construcción social ante la conducta desviada y la propia conducta”. LARRANDART, Lucila. *Control social, derecho penal y género*. In: BIRGIN, Haydée. *Las trampas del poder punitivo: el género del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editora Biblos, 2000, p. 86.

⁴¹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 40.

neste mesmo contexto das relações de dominação e exploração, que estabelecem vantagens ou desvantagens, na medida da força ou vulnerabilidade dos sujeitos que se verifica a construção das diferenças de gênero, levando Baratta a afirmar que “somente uma consistente teoria sociológica do direito penal, como a fornecida pela Criminologia crítica, aliada a um uso correto do paradigma do gênero neste contexto, podem permitir a compreensão das “vantagens” e das desvantagens das mulheres, enquanto objeto de controle e de proteção por parte do sistema da justiça criminal”⁴².

Como reforça esse autor, qualquer empreitada feminista no campo da Criminologia e do Direito Penal deve necessariamente assimilar a nova perspectiva epistemológica proposta pela Criminologia crítica, a fim de que possa se valer corretamente do paradigma do gênero em suas investigações.

Com esse propósito de integrar o paradigma da Criminologia crítica às teorias da construção social do gênero, torna-se fundamental compreender que o Direito Penal atua como mecanismo de controle social voltado, prioritariamente, à regulação das condutas e atividades que se dão no domínio público das relações de trabalho produtivo, de forma a manter a própria ordem social que o garante.

Conseqüentemente, dado que pela construção social do gênero, o espaço público é o *locus* masculino por excelência, podemos concluir que o Direito Penal é seletivo, na medida em que será aplicado principalmente àqueles (homens) que não foram suficientes refreados pelos mecanismos de controle já existentes no âmbito do trabalho e da economia formal.

Prova de que o Direito Penal é seletivo está na população dos cárceres ocidentais, composta majoritariamente por homens que ficaram à margem do mercado de trabalho formal. Este é, inclusive, um dado social que sempre intrigou as feministas e os criminólogos: por que razão os cárceres não refletem a porcentagem mais ou menos equivalente de homens e mulheres verificada na sociedade?

A Criminologia tradicional certamente buscaria essa resposta na suposta maior tendência masculina ao comportamento delinquente. A perspectiva aventada pela Criminologia crítica, no entanto, trouxe novas pistas, que permitiram posicionar o paradigma do gênero no centro das investigações. Com efeito, a chave para a questão acima formulada está no fato de que são diferentes os sistemas de controle social que

⁴² BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 45.

incidem sobre homens e mulheres, e tal fato se deve às diferentes funções sociais que lhes são atribuídas no processo de construção das diferenças de gênero.

Enquanto os homens dominam o espaço público, das trocas comerciais, das relações políticas, das lutas de poder em busca dos bens escassos de produção, às mulheres foram reservados os espaços privados, das relações domésticas e familiares, dos cuidados com o lar e com a prole.

Sobre as mulheres incidem mecanismos de controle que têm por escopo mantê-las no espaço privado, exercendo os papéis que lhes são atribuídos socialmente. Nesse contexto, é mais efetivo o sistema de controle informal, o qual, segundo Larrauri, corresponde a todas as respostas negativas que suscitam determinados comportamentos que violem normas sociais, ou que não cumpram com as expectativas de comportamento associadas a um determinado gênero ou papel⁴³.

A autora destaca a existência de diversas forças complexas e restritivas que agem sobre as mulheres de forma a limitar suas condutas, evitando que estas cheguem a violar as leis penais.

A primeira dessas forças consiste no controle doméstico exercido sobre a mulher e se verifica, desde cedo, na diferença de educação concedida à jovem, que, em geral, deve responder a controles muito mais rígidos no tocante aos horários, atividades, companhias e experiências sexuais. Na fase adulta, e especialmente quando privada de independência econômica, a mulher experimenta o controle doméstico exercido pelo marido, que além de restringir-lhe o acesso ao dinheiro, e controlar-lhe os horários, saídas e comportamentos, também pode ser vítima da violência doméstica – realidade que atinge mulheres independentemente do nível social a que pertençam.

A esse respeito, Baratta analisa que a violência física age tanto na esfera privada quanto na pública como modelo de resolução de conflitos, de forma que a pena pública e a pena privada funcionam, ambas, como última garantia de controle do *status quo* social.

Larrauri é ainda mais incisiva ao analisar as ocorrências da violência doméstica. Pelo seu ponto de vista, os maus tratos representam o exercício do direito de correção que é outorgado aos homens pela ideologia da superioridade masculina com respaldo em dois tipos de mensagens: as positivas, que declaram ser o homem detentor da representação do poder punitivo no ambiente doméstico e as negativas, decorrentes da renúncia dos poderes públicos de intervir nos espaços previamente definidos como privados.

⁴³ LARRAURI, Elena. Control informal: las penas de las mujeres... In: LARRAURI, Elena. *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A, 1994, p.1.

Todavia, as feministas afirmam que a mulher não é vítima apenas do controle exercido no âmbito doméstico. Quando é maltratada, ou ainda que não chegue a isso, quando ao se sentir isolada, sobrecarregada e incompreendida, a mulher busca ajuda médica, ela acaba por sofrer outro tipo de controle, que Larrauri define como controle médico.

Para a autora, este controle se verifica na medida em que os médicos tendem a tratar as questões femininas como patologias individuais, atribuindo-lhes bases biológicas ou psicossomáticas. Assim, as frustrações das mulheres são convertidas em doenças, e conseqüentemente medicadas, de forma que as mulheres acabam por se adaptar à situação, ao invés de subvertê-la.

As feministas advertem para o fato de que ao chegarem aos consultórios médicos, as sequelas do controle doméstico são tratadas como assuntos privados e não como problemas públicos de forma que, além de atenuar as tensões sociais, os tratamentos médicos transformam um fenômeno que é socialmente determinado em algo natural e biológico⁴⁴.

Além do controle doméstico e do controle médico, Larrauri menciona que as mulheres são limitadas, ainda, no ambiente laboral, onde enfrentam maior dificuldade para obter vagas, recebem salários mais baixos do que os homens e normalmente enfrentam dupla jornada de trabalho, dado que são responsáveis também pelo trabalho doméstico. Não bastassem as discriminações sofridas, muitas são vítimas de assédio sexual, que em maior ou menor medida determina restrições em seus comportamentos, causa transtornos psicológicos e danos à carreira.

Por fim, a autora menciona o controle público difuso, com o qual intenta descrever toda sorte de obstáculo imposto à mulher para dificultar o acesso ao domínio público. Em toda e qualquer situação em que a mulher tente avançar para fora do espaço doméstico, haverá sempre quem lhe acuse de estar invadindo um lugar que não lhe é próprio e a mande de volta para casa. Seja pela desvalorização de suas capacidades, pela ameaça constante e velada da violência sexual, ou pelo medo de macular sua reputação, a mulher se sente constantemente controlada em seu meio social.

Como analisa Larrauri, uma forma de restringir o acesso a determinados lugares e atividades é controlar o poder de defini-los como bons ou maus. Nesse sentido, são os homens quem controlam a reputação das mulheres, que é fundamentalmente definida em

⁴⁴ LARRAURI, Elena. *Op. cit.*, p. 6

função de seu comportamento sexual. Assim, desde cedo, obtém-se o enquadramento das mulheres no regime da heterossexualidade institucionalizada⁴⁵.

Apenas as mulheres que conseguirem passar pelo filtro de todo esse sistema de controle informal, erguido para mantê-las desempenhando o papel social que lhes foi atribuído no âmbito privado, serão submetidas ao sistema de controle formal.

Por isso Baratta menciona que o sistema da justiça criminal é duplamente residual: ele se dirige àqueles possuidores de papéis masculinos, aos quais não tenha sido suficiente a disciplina do trabalho, ou àqueles que tenham ficado de fora do mercado e da economia formais e, também, volta-se às possuidoras de papéis femininos quando não se tenha logrado controlá-las somente pelo patriarcado privado – única ocasião em que elas adquirem relevância na esfera pública⁴⁶.

Ainda assim, é preciso diferenciar os tratamentos que as mulheres irão receber do sistema de justiça criminal. Em que pese sua pretendida neutralidade, o tratamento desigual em função do gênero transparece nos casos em que a mesma conduta delitativa é julgada com maior ou menor rigor, a depender de que, no caso concreto, o autor, especialmente a mulher, desempenhe um papel masculino ou feminino ao praticar a ação delitativa.

Por exemplo, a incriminação do furto, além de visar à proteção da propriedade, pretende inibir a obtenção de bens materiais por vias que não sejam legais e legítimas, preservando, assim, o bom funcionamento do “mundo do trabalho”. Como, pela construção social dos gêneros, cabe aos homens a função de prover o sustento da família por meio das relações produtivas que se dão no domínio público, é a eles destinada a pressão do sistema de justiça criminal no caso da prática de furto. Não que isso queira dizer que apenas homens sejam aptos a furtar, mas significa que especialmente eles têm o dever de providenciar, por vias legais, o sustento da família.

Smaus observa que quando uma mulher pratica o furto, para garantir o bem da família e suprir a omissão ou a inércia do homem, considera-se que ela age em conformidade com seu papel feminino e apenas agride tangencialmente o Direito Penal, na medida em que atua no lugar do homem. Quando a mulher pratica o furto sobre pressão, tão somente porque não lhe foi dada alternativa diante da recusa ou abstenção do homem

⁴⁵ LARRAURI, Elena. *Op. cit.*, p. 9.

⁴⁶ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 48 e ss.

de exercer o papel que lhe é incumbido, ela é digna de um tratamento mais condescendente dos julgadores, recebendo penas mais suaves⁴⁷.

Por trás dessa aparente benevolência, que afasta as mulheres dos cárceres, está a intenção de garantir sua permanência em casa, preservando a estrutura organizacional da família. Quando uma mulher é presa, não há uma reserva de mulheres para substituí-la em suas funções domésticas. Como afirma Smaus, o mesmo não ocorre quando se condena um homem à prisão. Na prática, é apenas mais uma porta que se fecha diante dele, que já estava do lado de fora do mercado de trabalho. Além disso, ao ser preso, há todo um exército de homens para substituí-lo⁴⁸.

Por outro lado, quando a mulher pratica uma conduta delitativa que esteja completamente dissociada do seu papel feminino, como quando integra organizações criminosas, porta armas ilegalmente ou rouba em benefício próprio, o tratamento que recebe da justiça criminal costuma ser mais severo do que o dispensado aos homens acusados pelos mesmos crimes uma vez que, além de responder pela infração praticada, ela é repreendida por ter subvertido seu papel social⁴⁹.

Portanto, temos que o sistema de justiça criminal cria e reforça as distinções de gênero ao selecionar, em abstrato, condutas que, se concretamente praticadas, poderão ser punidas com maior ou menor severidade caso o autor esteja desempenhando um papel social masculino ou feminino.

Mas não é só. O Direito Penal também contribui à construção social das diferenças de gênero na sua seletividade negativa⁵⁰. Ou seja, as lacunas e as omissões do Direito Penal, bem como as imunidades concedidas pelo sistema também são fundamentais à construção dos gêneros, sobretudo no que toca à não criminalização, ou tipificação limitada, de condutas das quais as mulheres sejam vítimas no contexto dos papéis sociais que desempenham.

Com efeito, quando deixa de criminalizar a violência de gênero, ou ao criar tipos penais, mas considerando as condutas como ofensivas a outros bens jurídicos dissociados

⁴⁷ SMAUS, Gerlinda. Análisis feministas del derecho penal. In: *Contradicciones entre derecho y control social*. Barcelona: Editorial M. J. Bosch, S. L. – Goethe Institut, 1998, p. 82.

⁴⁸ SMAUS, Gerlinda. Análisis feministas... *Op. cit.*, p. 83.

⁴⁹ Nesse sentido, Smaus menciona que “reacciones especialmente duras de los jueces se producen cuando las mujeres encausadas no sólo no dan la talla de su rol femenino (malas madres) sino que no lo ejercen (no son madres) y se comportan de forma “masculina” (...). Ello significa que mujeres y hombres no están ante los tribunales como seres biológicos. Los miembros de estas instituciones reaccionan ante ellos como portadores de un género social que se expresa en roles. Los propios roles se fundamentan en y por la división sexista del trabajo y por consiguiente se juzga precisamente la relación de la persona con esta estructura. SMAUS, Gerlinda. Análisis feministas... *Op. cit.*, p. 83.

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 53.

das relações de gênero das quais, na realidade, decorrem, ou, ainda, quando são impostos obstáculos à investigação e à prossecução penal que, por diversas formas, tornam o processo penal um novo martírio à vítima, o sistema de justiça criminal opta por imunizar o homem, compartilhando com ele o monopólio do uso da força física como instrumento de controle e manutenção da ordem.

Sobre o processo de imunização, é interessante traçar um paralelo esclarecedor com um fato bastante investigado pela Criminologia crítica: assim como na esfera pública os homens de classes econômicas e sociais abastadas beneficiam-se de imunidades concedidas pelo sistema criminal – que, como foi visto, incide de forma seletiva sobre os homens que se encontrem à margem do mercado de trabalho e de produção –, este mesmo sistema também distribui imunidades aos homens, independentemente de sua classe social, em decorrência do poder patriarcal que todos igualmente detêm⁵¹, fazendo recair sobre a mulher o vazio da tutela penal.

Nesse sentido, Baratta observa que, ao focarmos a análise no processo de imunização da violência masculina contra as mulheres, o que se tem é a inversão da regra de residualidade do sistema de justiça criminal em relação ao controle social informal: “A não intervenção do sistema penal na esfera privada e a sua abstinência no confronto com a violência masculina não podem mais ser considerados, então, como uma *tutela* da esfera privada por parte do aparelho estatal, mas sim como uma falta estrutural de tutela das mulheres, vale dizer, a legitimação “pública” em si do incondicionado poder patriarcal”⁵².

Por outro lado, uma vez que a mulher vítima da violência de gênero logre receber qualquer sorte de acolhimento pelo sistema penal – e superada a etapa inicial de avaliação de sua sanidade mental –, o que normalmente ocorre é a revitimização da mulher, na medida em que sua versão para os fatos será sempre e inúmeras vezes submetida ao escrutínio moralizante de autoridades que teimam em reforçar sua função de reprodução sexual e em julgar a adequação social de seu comportamento sexual, fazendo de tudo para que, ao final do processo, a mulher se arrependa de qualquer intenção subversiva e retorne, amansada, ao tranquilo exercício de seu papel social⁵³.

⁵¹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 53.

⁵² BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 54.

⁵³ Sobre a discriminação da mulher exercida pelos Tribunais, Renato de Mello Jorge Silveira observa que “decisões judiciais, não raro, fazem também leitura quanto às vítimas, impondo-lhes real responsabilidade provocativa em muitos casos, como se isso fosse elemento de perdão a ser outorgado ao ofensor. Aliás, essa é uma das freqüentes justificativas à maior dúvida dos crimes sexuais, vale dizer, ao mote da agressão. Em aprofundado estudo quanto a estupradores presos nos Estados Unidos da América, foram levantados os alegados motivos ou principais estereótipos sociais como sendo a presença de mulheres sedutoras a provocar os homens; a existência de mulheres que dizem não, querendo dizer sim; o fato de a maioria das mulheres, na

A partir dessas observações estruturais sobre a relação entre processos de criminalização e construção social do gênero, as feministas vêm apresentando diversas propostas legislativas no âmbito do Direito Penal – seja para criar tipos penais, seja para alterá-los ou revogá-los. Para compreender os motivos por trás dessas propostas é preciso identificar as bases teóricas que foram sendo estabelecidas ao longo do desenvolvimento da Teoria Feminista do Direito. Só depois disso é que será possível explorar apropriadamente as propostas apresentadas.

Entre elas, a que mais nos interessa diz respeito ao uso do Direito Penal como instrumento para se alcançar a igualdade material entre homens e mulheres, bem como a melhoria na condição de vida das mulheres, sobretudo as vítimas de violência de gênero. Seguindo uma tendência verificada em diversos ramos do Direito Penal de ampliação da sua aplicação e de recrudescimento no rigor das penas, algumas feministas festejam as recentes reformas legais sem atentar devidamente para as regras internas do sistema que manejam. Com isso, assumem o risco de produzir resultados contrários aos seus próprios princípios. Este trabalho há de ser uma advertência.

realidade, gostarem de relações violentas; a verdade que as mulheres honestas não são violadas, entre outros. Talvez, contudo, o mais gritante exemplo em realidade nacional seja dado por Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarian, quanto a inúmeras decisões judiciais as quais, emblematicamente, afirmam por absolvições em crimes sexuais por interpretações unicamente de gênero. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal sexual ou direito penal de gênero? *In*: JÚNIOR, Miguel Reale; PASCHOAL, Janaína (Coord.). *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 336.

3 FEMINISMO E DIREITO

3.1 DESENVOLVIMENTO DA TEORIA FEMINISTA DO DIREITO

Feminismo é o nome que se atribui ao movimento social que busca a melhoria da condição de vida das mulheres, de forma a eliminar as desvantagens em relação ao *status* alcançado pelos homens ao longo da história¹.

Neste movimento, ainda que previamente à sua compreensão como tal, diversas pessoas, sobretudo mulheres, lutaram das mais variadas formas, muitas vezes ao custo de vidas, para que direitos básicos já assegurados aos homens fossem garantidos também às mulheres.

Todavia, foi a partir de 1970 que as discussões encadeadas por diversas teóricas e juristas feministas norte-americanas, seguidas pelas europeias, passaram a consolidar o que posteriormente veio a ser chamado de Teoria Feminista do Direito, cuja construção marcou essa fase efervescente do feminismo².

A incorporação de temas feministas ao Direito deu-se como reflexo dos avanços que os estudos sobre a mulher alcançavam em outras áreas, tais como a História, a Sociologia, a Economia, a Psicologia e as Artes.

¹ Sobre a utilização genérica do termo feminismo, compartilha-se do mesmo entendimento exarado por Dahl, “mesmo aceitando que, historicamente, o feminismo assumiu diversas formas e acolheu filosofias e ideologias diversas, considero correto que este conceito seja utilizado em sentido lato para designar todos os movimentos e grupos de mulheres que, por esta ou aquela razão, num sentido ou noutro, se empenham na luta contra a opressão das mulheres e, de modo geral, pela melhoria da sua situação”. DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Tradução de Teresa Pizarro Beleza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 14.

² Como menciona Silveira, “Com evidente crescimento desde os anos 70, mas com momentos marcantes em épocas anteriores, como foi o caso, v.g., da Revolução Francesa ou das sufragistas inglesas e americanas do século XIX, pode ser considerado feminismo o movimento encarado, genericamente, como a crítica contraposta às teses de separação existentes entre homens e mulheres. (...) Procurando e almejando a quebra da estrutura consagrada do patriarcado, o feminismo visa, em suma, à igualdade dos direitos, já que as mulheres são vistas como reais perdedoras do jogo social”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 66. Sobre a contextualização histórica do movimento feminista, esclarece DAHL, “Tal como os estudos sobre as mulheres, o Direito das Mulheres integra-se no novo movimento feminista nascido nos Estados Unidos, nos meados dos anos 1960. Os movimentos feministas, pelo menos nos dois últimos séculos, têm estado sempre presentes na história, mas nunca assumiram uma dimensão tão vasta e profunda como o feminismo actual. A palavra feminismo teve origem no contexto político francês do século XIX para designar os diferentes grupos que, de uma maneira ou outra, tentaram melhorar a situação das mulheres”. DAHL, Tove Stang. *Op. cit.*, p. 13.

O início desse processo de consolidação da Teoria Feminista do Direito foi também resultado da crescente participação das mulheres no mundo jurídico, tendo sido estas as principais responsáveis pelo destaque que os temas associados aos direitos das mulheres passaram a receber³.

Todavia, neste princípio, as discussões estavam mais voltadas à realidade prática, tal qual esta se apresentava nos casos levados às Cortes, de forma que era ainda prematuro concluir que uma nova teoria do direito estivesse surgindo⁴. Foi apenas na década posterior que os debates ganharam espaço no meio acadêmico inaugurando, então, os cursos de Teoria Feminista do Direito nas faculdades de Direito do mundo ocidental.

Nesse processo, as feministas assumiram diferentes posicionamentos acerca das principais questões que envolvem a relação entre Direito, gênero e as mulheres⁵. Conforme seus argumentos foram sendo formulados, surgiram dilemas cujas soluções abriram perspectivas para novas abordagens.

Assim, tornou-se possível demarcar o processo de elaboração da Teoria Feminista do Direito em estágios⁶, os quais evoluíram a partir das lacunas existentes na corrente teórica desenvolvida na fase anterior.

³ Sobre a importância da participação das mulheres no mundo jurídico para o processo de consolidação da Teoria Feminista do Direito, Chamallas, “As women became more established on law faculties, some chose to write about issues of gender discrimination and slowly began to bring firsthand account of the issues to a legal audience. Not surprisingly, there is a close connection between the sexual integration of the legal academy and the development of feminist legal theory. CHAMALLAS, Martha. *Introduction to feminist legal theory*. 2ªed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 36. Sobre o mesmo fenômeno, Smart, “nuestras teorías de género y de derecho han avanzado, pero ha habido outro desarrollo importante. La llegada de feministas al mundo del derecho ha convertido a éste en el lugar de lucha, en vez de considerarlo solamente como un instrumento de lucha. Pero el aumento en el número de feministas especializadas en derecho y abogadas ha (irónicamente) llevado a lo que yo considero consecuencias contradictorias. La primera – y la aplaudo – es un refinamiento de nuestras teorías del derecho, especialmente en relación al método normativo y lógico. La segunda, que quizá es más problemática, es un vigor renovado en el intento de utilizar el derecho para la causa de las mujeres”. SMART, Carol. *La mujer del discurso jurídico*. In: LARRAURI, Elena *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1994, p. 168.

⁴ Nesse sentido, Chamallas, “During the Equality Stage, the impetus for legal change came primarily from feminist practitioners. Many of the major scholars often associated with the Equality Stage and liberal feminism were not only “academic” feminists in the sense that they made their reputations solely through writings in law journals. Rather, their experiences in courtrooms or legislative hearings provided the material for their later scholarship. (...) The women’s rights scholarship of the 1970s also had a distinctively practical bent. It was too soon to theorize extensively either about the significance of reforms already made or the shape that feminist challenges should take in the future”. CHAMALLAS, Martha. *Op. cit.*, p. 35.

⁵ Sobre as diversas perspectivas feministas, assinala Bodelón, “Dentro de la denominada “teoría legal feminista” encontramos diferentes análisis y puntos de vista sobre las relaciones entre género y derecho. En este sentido, se puede afirmar que no existe um intento de construir una teoría legal global, sino diversas perspectivas para comprender la relación entre el género y el derecho. BODELÓN, Encarna. *Relaciones peligrosas: género y derecho penal*. *RBCCrím* nº 29, 2000, p. 238.

⁶ É pacífica a visão acerca da multiplicidade de correntes feministas, o que não encontra unanimidade é a forma de classificá-las. Neste trabalho, toma-se como base as classificações elaboradas por Martha Chamallas, pela clareza com que soube expor o encadeamento dialético entre as escolas.

Essa possibilidade de estratificação não obscurece a linha que costura e une a construção teórica: qualquer que seja a escola feminista em análise haverá sempre um denominador comum mínimo, o qual, nos dizeres de Baratta⁷, é a “demolição do modelo androcêntrico da ciência e a reconstrução de um alternativo”⁸.

3.2 ESTÁGIO DA IGUALDADE: FEMINISMO LIBERAL

Esta corrente do pensamento feminista enfatiza a similaridade entre o homem e a mulher. Em razão dessa igualdade não se justifica a manutenção de um sistema legal que produza distinções de tratamento sob o pretexto de proteger a mulher.

Segundo esta corrente, que ganhou destaque na década de 1970, a inexistência de diferenças relevantes entre homens e mulheres deve garantir as mesmas oportunidades e benefícios entre eles. Como esclarece Nancy Fraser, sob esta perspectiva, o feminismo tinha como meta “arrancar as algemas” e subverter as diferenças de gênero, estabelecendo-se em seu lugar a igualdade, de forma que mulheres e homens alcançassem o mesmo *status*⁹.

A bandeira feminista da igualdade entre homens e mulheres encontrou forte repercussão por ocasião da promulgação da Emenda à Constituição dos Estados Unidos que propunha a igualdade de direitos entre homens e mulheres (*Equal Rights Amendment – ERA*), cujo processo de ratificação pelos estados americanos iniciou-se em 1972 encerrando-se em 1982, sem sucesso¹⁰.

⁷ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. Tradução de Ana Paula Zommer. In: *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 21.

⁸ Também no sentido comum do movimento feminista afirma Dahl, “Todas as correntes feministas partilham os mesmos ideais: igualdade, justiça e liberdade. No entanto, as opiniões divergem acerca do que é desigual, injusto e opressivo. Também não há acordo sobre as questões mais sensíveis e sobre o que pode e deve ser feito. Os vários enquadramentos teóricos e os valores fundamentais subjacentes determinam também diferentes descrições da realidade. Mas em todas essas descrições há uma nova realidade que emerge quando se aplica uma perspectiva feminista. É nesse ponto que a teoria feminista pode unir as diferentes orientações numa mesma filosofia e teoria política geral”. DAHL, Tove Stang. Op. cit., p. 16.

⁹ FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections on the “postsocialist” condition*. New York: Routledge, 1997, p. 176.

¹⁰ Como descreve Chamallas, “The legal controversy that Best captures the activism of the 1970s was the movement to pass the Equal Rights Amendment (ERA). The ERA was passed by both Houses of Congress in 1972 and sent to the states for ratification. Until its ultimate defeat in 1982, the amendment was a central feature of the feminist agenda, so much so that the term “ERA” was sometimes used synonymously with the term “women’s liberation”. The basic thrust of the ERA was that, in virtually all respects, men and women were similar and ought to receive similar treatment under the law”. CHAMALLAS, Martha. Op. cit., p. 24.

Com efeito, a emenda propunha que sob todos os aspectos relevantes, homens e mulheres são similares e devem, portanto, receber tratamento igualitário pela lei. Esperava-se que com a aprovação da *ERA* seriam invalidados aqueles estatutos legais que estabeleciam explícitas distinções de tratamento com base no sexo, embora, como era previsto pelos críticos da emenda, seu alcance estivesse limitado às ações promovidas contra o governo e não atingisse as discriminações ocorridas no âmbito das instituições privadas.

Em que pese o fracasso na promulgação dessa emenda, os debates públicos que em torno dela foram suscitados tiveram o importante papel de fortalecer o movimento feminista, criando espaço para a discussão da igualdade de direitos nas agendas do Congresso Nacional, órgãos legisladores e Cortes daquele país.

Argumentava-se¹¹ que a lei adotava uma ideologia de separação de esferas, de forma a relegar a mulher às esferas privadas da casa e da família, enquanto o homem dominava as esferas públicas do trabalho, da política e da vida intelectual. A separação de homens e mulheres em diferentes esferas, privadas ou públicas, seria o reflexo muito mais da adoção de uma ideologia do que da própria configuração da realidade, uma vez que nesta seriam fartos os exemplos de mulheres que trabalhavam fora de casa e eram exclusivamente responsáveis pela manutenção de suas famílias. Em conformidade com essa ideologia dominante, explícitas distinções baseadas no sexo eram largamente traçadas pelas leis e seguidas por juízes e advogados, os quais as aceitavam na medida em que acreditavam serem elas reflexo das diferenças naturais existentes entre os sexos.

O cenário começou a mudar com a aprovação da 14ª Emenda à Constituição Americana, que previa a *Equal Protection Clause*, cuja interpretação extensiva acabou por invalidar distinções baseadas na diferença de sexo em diversos contextos, praticamente eliminando dispositivos discriminatórios dos estatutos legais.

Essas mudanças na lei constitucional norte-americana estabeleceram o que passou a ser referido como sistema de igualdade formal, o qual exigia a total neutralidade da lei em relação ao gênero.

Todavia, conforme foi apontado pelas críticas do feminismo liberal, este fracassa na tarefa de transformar a realidade de vida da maioria das mulheres já que seus argumentos tendem a não desafiar o *status quo*, centrando-se apenas na fixação de metas

¹¹ CHAMALLAS, Martha. *Op. cit.*, p. 25.

de tratamento igualitário no âmbito da estrutura já estabelecida, sem subvertê-la¹² nem questioná-la.

Embora o feminismo liberal seja hodierna e frequentemente descrito em termos negativos, dadas as limitações da pretendida igualdade formal, é de se observar que esta corrente ainda representa a maior influência que o feminismo alcança no Direito e que, muitas vezes, a garantia da igualdade entre homens e mulheres já representa um mínimo avanço qualitativo na condição de vida de muitas mulheres.

3.3 ESTÁGIO DA DIFERENÇA: FEMINISMO RADICAL E FEMINISMO CULTURAL

A Teoria Feminista do Direito alcançou um novo estágio na década de 1980. Apesar do sucesso do movimento das mulheres na década anterior, coroado pela incorporação do princípio da igualdade entre homens e mulheres aos estatutos legais, as teóricas feministas continuaram questionando a insuficiência dessas conquistas para a efetiva igualdade entre os gêneros.

As feministas desta nova corrente alegavam que, partindo homens e mulheres de patamares diversos, o igual tratamento concedido pela lei nunca poderia colocá-los em igualdade de condições.

Passaram, então, a cobrar mudanças na legislação a fim de garantir às mulheres a satisfação de suas necessidades particulares, de forma que as leis não mais deveriam ser fixadas em termos neutros, ou considerar suas necessidades semelhantes às dos homens, como se eles fossem o único parâmetro a ser levado em consideração pelo legislador.

De fato, as feministas constataram que em muitas situações a aplicação do princípio da igualdade formal não equacionava a desvantagem da mulher em relação ao homem.

Essa mudança de perspectiva possibilitou-lhes uma nova e mais profunda abordagem de questões como gravidez, estupro, assédio sexual, violência doméstica e

12 Segundo Chamallas, “Liberal feminists have sometimes been called “assimilationists” because their arguments tend not to challenge the standards, rules, or structures themselves, but focus instead on equal access within their framework. More so than other feminist orientations, liberal feminism can be translated into legal reform, generally requiring only incremental changes and expansion of current structures to make room for women”. CHAMALLAS, Martha. *Op. cit.*, p. 17.

pornografia, temas que tinham sido deixados em um plano secundário pelas feministas liberais, em favor daqueles ligados ao acesso igualitário ao poder econômico¹³.

Como será visto adiante, nesse mesmo momento histórico, o Direito Penal passava igualmente por uma transformação que determinou novos rumos para a criminalização de condutas relevantes às relações de gênero.

Com efeito, iniciava-se o processo de repúdio e abandono dos conteúdos morais que até então sustentavam a repressão penal, que era considerada pelas correntes tradicionais do Direito Penal uma forma adequada de resguardar a consciência moral coletiva e o sentimento de pudor social. As novas ideias transformadoras clamavam por um Direito Penal desatrelado da moral, em prol do reconhecimento de bens jurídicos cuja tutela fosse relevante para a totalidade da sociedade pluralista que então se afirmava¹⁴.

Além da ampliação de temas, a nova perspectiva abriu caminho para que as feministas dirigissem suas investigações a múltiplos aspectos da diferença entre homens e mulheres, fato que respondeu pelo surgimento de mais de uma escola dentro dessa mesma corrente que predominou durante a década de 1980.

As feministas radicais, a quem se atribui o desenvolvimento da teoria da dominância, empenharam-se em criticar o feminismo liberal a partir do questionamento de conceitos como privacidade, objetividade e direitos individuais, os quais longe de garantir os interesses das mulheres, apenas legitimavam o *status quo*, mantendo-as subordinadas à dominação masculina.

¹³ Nesse sentido, Chamallas, “Liberal feminists may have shied away from analyzing sexuality and sexual abuse because it was an area in which women were thought to be different from men. The conventional wisdom was that only men were capable of rape and that most men tended to be more aggressive than women in initiating and pursuing sexual relationships. The difference in men’s and women’s sexual behavior was often traced to biology, reflecting a “biology is destiny” philosophy that liberal feminists feared would surface again to justify discriminatory legal treatment of women”. CHAMALLAS, Martha. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁴ Sobre a mudança de paradigmas vivenciada pelo Direito Penal explica Silveira: “Na sociedade moderna, advirta-se, é visível a característica básica de uma multiplicidade de idéias, interesses e valores, o que vem a determinar que os bens jurídicos acabem por assumir formas diversas, refletindo direitos subjetivos de cada um. Isso permite aceitar que pensamentos vários se encontrem em harmonia, bem como morais individuais diferentes. Nada pode ser tido apriorística e absolutamente certo ou errado, virtuoso ou pecaminoso. Não é de se dizer o que esta sociedade aceita e o que se encontra em perdição. O quadro perceptivo no que toca a ela se alterou sobremaneira no último século, o que possibilita um repensar de seu tratamento penal. A visão alterada do sexo implica, necessariamente, em um novel tratamento. Os códigos penais tradicionais mencionam uma série de disposições que dão vazão a múltiplas interpretações, incorrendo até em situações de cunho eminentemente imoral, sem nenhum possível prejuízo à sociedade. Em não havendo malefício a esta, não há de se aceitar uma inserção do Direito Penal”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 174.

A principal expoente dessa escola é Catharine MacKinnon, para quem o uso e o abuso sexual da mulher representam o principal mecanismo pelo qual se perpetua a subordinação feminina¹⁵.

MacKinnon rejeita a visão da sexualidade como uma diferença biológica entre homens e mulheres¹⁶. Para ela, a sexualidade é socialmente construída, ou seja, estabelecida pela ideologia e pelas práticas sociais predominantes na sociedade. Seguindo a afirmação de Simone de Beauvoir, para quem “não se nasce mulher, torna-se mulher”, MacKinnon afirma que em nossa sociedade, dominada pelos homens, com a ajuda de leis igualmente dominadas pelos homens, a mulher foi construída como objeto sexual voltado para o uso masculino¹⁷.

Por este ponto de vista, o que se passa com a sexualidade feminina é produto da dominação masculina e não uma autêntica expressão do desejo sexual da mulher.

Nesse contexto, MacKinnon liderou uma ferrenha campanha contra a pornografia, sugerindo existirem ligações entre a mulher reificada pelas fotografias de conteúdo pornográfico e a prevalência da violência e discriminação sexuais na sociedade.

Muitas feministas, entretanto, não se convenceram a respeito dessa campanha, pois temiam que a sua censura da pornografia pudesse trazer resultados ainda mais prejudiciais

¹⁵ “Feminism on its own terms has begun to give voice to and describe the collective condition of women as such, so largely composed as it is of all women’s particularities. It has begun to uncover the laws of motion of a system that keeps women in a condition of gender in the sexuality of imposed inferiority. It has located the dynamic of the social definition of gender in the sexuality of dominance and subordination, the sexuality of inequality: sex as inequality and inequality as sex. As sexual inequality is gendered as man and women, gender inequality is sexualized as dominance and subordination. The social power of men over women extends through laws that purport to protect women as part of the community, like the rape law; laws that ignore women’s survival stake in issue, like the obscenity law, or obscure it, like the abortion law; and laws that announce their intent to remedy that inequality but do not, like the sex equality law. This law derives its authority from reproducing women’s social inequality to men in legal inequality, in a seamless web of life and law.” MACKINNON, Catharine A.. *Toward feminist jurisprudence*. In: SMITH, Patricia. *Feminist jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 613.

¹⁶ Cain resume a posição dessa expoente do feminismo radical, “Catherine MacKinnon, another Stage Two legal theorist, also has argued that men and women are different, but the difference is that men dominate and women are subordinate. Which came first, dominance or difference, is an unimportant question, in her view. The important thing is to end the dominance. Legal arguments that pose the issue as one of difference between the sexes are not likely to end the dominance. MacKinnon calls for a paradigm shift, away from differences in biology, differences in experience, differences in essence, to the only difference that really matters: the difference in power. Her “inequality” approach to sex discrimination recognizes the imbalance in power between men and women”. CAIN, Patricia. *Feminist Jurisprudence: grounding the theories*. In: BARTLETT, Katharine T.; KENNEDY, Rosanne (Coord.). *Feminist legal theory: readings in law and gender*. Boulder: Westview Press, 1991, p. 265.

¹⁷ “On the level of the state, legal guarantees of equality in liberal regimes provide an opening. Sex inequality is the true name for women’s social condition. It is also, in words anyway, illegal sometimes. In some liberal states, the belief that women already essentially have sex equality extends to the level of law. From a perspective that understands that women do not have sex equality, this law means that once equality is meaningfully defined, the law cannot be applied without changing society. To make sex equality meaningful in law requires identifying the real issues, and establishing that sex inequality, once established matters”. MACKINNON, Catharine A.. *Op. cit.*, p. 613.

às mulheres do que a desigualdade já reinante. Em contrapartida, acadêmicas, artistas, escritoras e ativistas formaram um grupo contra a censura da pornografia (*Feminist Anti-Censorship Task Force - FACT*), opondo-se às feministas radicais. O embate alcançou a Corte de Indianápolis, que acabou se posicionando contra a campanha anti-pornografia de MacKinnon.

Seguindo a corrente da diferença entre os sexos, outras juristas fundaram uma segunda escola, que ficou conhecida como feminismo cultural. Essas teóricas também reconhecem as diferenças entre homens e mulheres, mas se posicionam de forma a enaltecê-las, glorificando a forma com que as mulheres tendem a lidar com o mundo, com os conflitos e como costumam construir sua identidade¹⁸.

Enquanto o feminismo radical destaca o aspecto de objeto sexual da mulher, o feminismo cultural elege o seu aspecto maternal. O traço comum entre ambos é o reconhecimento da diferença existente entre homens e mulheres, em oposição ao feminismo liberal, que intentava igualá-los em praticamente todas as medidas.

O feminismo cultural propunha uma nova e positiva interpretação da diferença de gênero. Com efeito, a mulher efetivamente difere do homem, mas essa diferença não significa inferioridade. Muito ao contrário, algumas feministas alegavam que a mulher, com todos os seus atributos maternais, seria superior ao homem, com suas competitividade e agressividade exacerbadas.

Essas teóricas do feminismo cultural discordavam da corrente radical quanto ao propósito a ser buscado pelo movimento feminista. Para elas, perseguir a inclusão das mulheres nas posições sociais normalmente ocupadas pelos homens é uma meta equivocada, na medida em que adota e tenta aplicar às mulheres padrões masculinos de comportamento. Como esclarece Nancy Fraser, o feminismo cultural deveria se opor à subvalorização da mulher através do reconhecimento da diferença de gênero e da revalorização da feminilidade¹⁹.

Um exemplo disso seria a incorporação ao Direito de princípios e valores normalmente associados às mulheres, tais como a capacidade de ouvir o outro, dialogar, conciliar interesses e pacificar conflitos, suavizando, assim, a tendência de se buscar na

¹⁸ Sobre o feminismo cultural esclarece Chamallas, “The starting point for this branch of difference feminism was to articulate the ways women often tended to approach problems, view the world, and construct their identity. Feminist debated how women’s “different voice” – with its concern for human relationships and for the positive values of caring, nurturing, empathy, and connection – could find greater expression in law. In contrast to liberal feminism’s de-emphasis of the mothering role, cultural feminists sought ways to support maternal and other traditional activities associated with women”. CHAMALLAS, Martha. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁹ FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections...Op. cit.*, p. 176.

justiça o resultado tradicional, ou seja, aquele que opõe perdedor de um lado e vencedor do outro.

Todavia, antes mesmo que essa corrente atingisse grande repercussão, as demais teóricas feministas esforçaram-se por demonstrar o perigo que ela gerava ao trazer à tona a imagem da mulher sensível, emocional e protetora. As teóricas críticas do feminismo cultural afirmavam que suas seguidoras estavam tentando reabilitar a imagem da mulher feminina e domesticável, prática que poderia acabar por impor novas barreiras à inclusão da mulher nas esferas públicas e econômicas da sociedade.

3.4 ESTÁGIO DA DIVERSIDADE: FEMINISMO PÓS-MODERNO

Nos anos 1990, a preocupação das feministas tomou uma nova direção, distanciado-se do dualismo homem *versus* mulher. Críticas das correntes vigentes, sobretudo aquelas ligadas aos movimentos de minorias, passaram a manifestar uma revolta contra a tendência revelada pelas feministas liberais, radicais e culturais de unir todas as mulheres em um único grupo, como se todas pertencessem à classe-média americana, fossem brancas e heterossexuais²⁰.

²⁰ Nesse sentido, Fraser, "...leading feminist currents had come to reject the view that gender difference could be fruitfully discussed in isolation from other axes of difference, especially "race", ethnicity, sexuality, and class. And so the equality/difference debate was displaced. The focus on "gender difference" gave way to a focus on "differences among women", inaugurating a new phase of feminist debate" (...) This shift in focus was largely the work of lesbians and feminists of color. For many years they had protested forms of feminism that failed to illuminate their lives and address their problems. African-American women, for example, had invoked their history of slavery and resistance, waged work, and community activism to contest assumptions of universal female dependence on men and confinement to domesticity. Meanwhile, Latina, Jewish, Native-American, and Asian-American feminists had protested the implicit reference to white Anglo women in many mainstream feminist texts. Lesbians, finally, had unmasked assumptions of normative heterosexuality in the classic feminist accounts of mothering, sexuality, gender identity, and reproduction". FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections...* Op. cit., p. 178. Como analisa Butler acerca desse mesmo impasse: "A sugestão de que o feminismo pode buscar representação mais ampla para um sujeito que ele próprio constrói gera a consequência irônica de que os objetivos feministas correm o risco de fracassar, justamente em função de sua recusa a levar em conta os poderes constitutivos de suas próprias reivindicações representacionais. Fazer apelos à categoria das mulheres, em nome de propósitos meramente "estratégicos", não resolve nada, pois as estratégias sempre têm significados que extrapolam os propósitos a que se destinam. Nesse caso, a própria exclusão pode restringir como tal um significado inintencional, mas que tem consequências. Por sua conformação às exigências da política representacional de que o feminismo articule um sujeito estável, o feminismo abre assim a guarda a acusações de deturpação cabal da representação". BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Traduzido por Renato Aguiar. 2ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 22.

3.4.1 ANTIESSENCIALISMO

O grande marco da nova fase da construção da Teoria Feminista do Direito é exatamente a diversidade existente entre as mulheres. As feministas pós-anos 90 enfatizam os perigos do essencialismo, ou seja, da adoção de uma essência comum unindo todas as mulheres, como se existisse apenas uma única forma de opressão contra todas elas.

As feministas antiessencialistas partem da premissa de que fatores como raça, classe, etnia, características físicas, e orientações sexuais diferem as experiências das mulheres entre si. Dada essa complexidade, faz sentido repartir a estratégia feminista em múltiplas frentes de ação, de forma a produzir reformas legais e mobilizar políticas públicas que atendam à multiplicidade de perspectivas femininas²¹.

Com efeito, as estratégias voltadas à melhoria das condições de vida das mulheres devem atentar para o chamado dilema da diferença, que vem à tona quando ações que ignoram as diferenças de gênero ou, ao contrário, as enfatizam, acabam por reforçar o processo de estigmatização da mulher.

Um exemplo comum do dilema da diferença decorre do tratamento dispensado às gestantes no ambiente de trabalho. Quando suas necessidades especiais são desconsideradas, cria-se uma situação de desvantagem para a mulher, que acabará por afastá-la do mercado de trabalho, ou prejudicá-la no acesso à vagas e promoções. Por outro lado, garantindo-lhes condições especiais em decorrência da gravidez, a mulher acaba muitas vezes sofrendo uma velada retaliação, praticada pelos colegas de trabalho e pelo mercado.

Uma das soluções, como foi proposta por feministas antiessencialistas, estaria em buscar compreender a perspectiva daquele que é tido como diferente, a fim de que, por este outro ponto de vista, o diferente passe a ser comum. Afinal, a fixação do que é diferente ou normal depende apenas do poder de impor o padrão.

²¹ Sobre a necessidade de ampliação da perspectiva feminista, Cain, “From a postmodern perspective, feminist theory is inadequate when limited by the perception that there is one essential commonality among all women. Cultural feminists who focus on “woman” solely as “mother” (actual or cultural) do not speak to the full complexity of female experience. Radical feminists, such as MacKinnon, who focus on “woman” solely as “sexual subordinate” also speak limited truths. Good feminist theory ought to reflect the real differences in women’s realities, in our lived experiences. These includes differences of race, class, age, physical ability, and sexual preference”. CAIN, Patricia. *Op. cit.*, p. 267.

Como explica Martha Chamallas, a abordagem relacional pode ser especialmente útil no desenvolvimento de respostas que possibilitem minimizar a estigmatização e rotulação daquele que é tido como diferente²².

3.4.2 MULTICULTURALISMO

No final dos anos 1990, algumas feministas expandiram ainda mais os limites de suas análises para então questionar a tendência de se advogar pela universalidade dos princípios de equidade, ignorando as tradições religiosas e culturais de cada nação.

Tinha início um novo movimento no feminismo, inspirado pelas discussões do multiculturalismo, que, segundo estudiosas como Nancy Fraser, corresponde ao mais recente estágio na teorização feminista²³.

O multiculturalismo tornou-se a bandeira dos novos movimentos sociais na luta pelo reconhecimento da diferença. Feministas, gays, lésbicas, membros de grupos raciais e minorias étnicas aliaram-se em oposição ao inimigo comum: nomeadamente, o imperialismo cultural que trata o homem, branco, de classe média, heterossexual e de origem Anglo-Saxônica, como o padrão da humanidade, em relação ao qual os demais são desviantes²⁴.

O objetivo do multiculturalismo seria o de desenvolver formas de reconhecimento da pluralidade da diferença, equalizando, assim, as diversas manifestações da identidade humana. Desse modo, como explica Nancy Fraser, a compreensão do diferente como desviante cederia espaço para uma positiva apreensão da diversidade humana, permitindo que todo e qualquer cidadão usufruísse os mesmos direitos garantidos à espécie humana, ao mesmo tempo em que a sua particularidade cultural seria por todos reconhecida²⁵.

²² CHAMALLAS, Martha. *Op. cit.*, p. 89.

²³ Sobre a demanda social pós-moderna de uma chamada “política do reconhecimento”, Nancy Fraser menciona que seu “objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito. Os exemplos incluem demandas por reconhecimento das perspectivas *diferenciadoras* de minorias étnicas, ‘raciais’ e sexuais, assim como da diferença de gênero”. FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 167.

²⁴ FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections...* *Op. cit.*, p.184.

²⁵ FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections...* *Op. cit.*, p.184.

Nesse contexto, levantou-se a intensa conexão entre cultura e gênero, do qual é evidência o fato de que a maior parte das práticas culturais controversas envolve a mulher, a família e a reprodução, tais como a mutilação do clitóris, a poligamia, os casamentos forçados ou o uso do véu. Como menciona Susan Moller Okin, a cultura e as tradições estão tão intimamente ligadas com o controle da mulher que, muitas vezes, acabam por se igualar²⁶.

Okin, ao analisar o confronto entre o reconhecimento dos direitos da minoria estimulado pelo multiculturalismo e o princípio da igualdade de gênero vigente nos Estados liberais, menciona duas importantes ligações entre gênero e cultura²⁷:

A primeira delas reside no fato de que a maior parte das culturas se debruça, predominantemente, sobre as questões ligadas às dimensões íntima, sexual e reprodutiva dos indivíduos, acerca das quais a cultura estabelece as regras e práticas permitidas. Os grupos culturais ou religiosos normalmente estão preocupados com o direito privado, ou seja, com as leis sobre o casamento, o divórcio, a custódia dos filhos, a divisão e o controle dos bens de família, os direitos de herança. Dessa forma, de modo geral, a defesa que se pretende fazer das práticas culturais das minorias provavelmente terá maior impacto nas vidas das mulheres e meninas, já que normalmente são elas que costumam dedicar mais tempo e energia aos cuidados com o aspecto privado, familiar e reprodutivo da vida.

Como afirma Okin, o ambiente doméstico é, afinal, onde grande parte da cultura é praticada, preservada e transmitida aos mais jovens. Por outro lado, a distribuição de responsabilidades e de poder que se dá no ambiente privado também determina quem poderá participar do espaço público e, assim, influenciar os processos culturais que se dão nesse domínio, entre eles a própria criação das regras sobre o aspecto público e privado da vida. De forma que, quanto mais a cultura exige da mulher essa atuação exclusiva na esfera doméstica, menos oportunidades ela tem de alcançar uma posição de igualdade em relação aos homens.

A segunda ligação entre cultura e gênero, destacada pela autora, refere-se ao fato de que a maior parte das culturas tem como um de seus principais objetivos o controle da mulher pelo homem. Nesse sentido, Okin menciona que os mitos de criação da Grécia e de Roma, assim como os mitos originários do Judaísmo, do Cristianismo e do Islamismo,

²⁶ OKIN, Susan Moller. *Is multiculturalism bad for women?* Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 16.

²⁷ OKIN, Susan Moller. *Op. cit.*, p. 12.

todos procedem à construção de justificativas para o controle e subordinação da mulher²⁸. Apesar de, hodiernamente e, sobretudo, no mundo ocidental, as doutrinas religiosas terem sido flexibilizadas, resistem ainda suas versões ortodoxas e fundamentalistas. São também relevantes as tradições culturais de países da África, da América Latina, do Oriente Médio e da Ásia, onde os aspectos da sexualidade e da reprodução femininas são mantidos sobre controle dos homens. Assim, muitas dessas práticas culturais tornam praticamente impossível para a mulher a escolha de viver independentemente de um homem, de ser lésbica, celibatária ou de não ter filhos.

Em decorrência dessa íntima ligação entre cultura e gênero, não é incomum que os casos em que se defende o reconhecimento do direito das minorias de atuarem conforme suas tradições culturais normalmente versem sobre situações de discriminação e violação dos direitos humanos das mulheres²⁹. Okin relata que, em diversos casos criminais encaminhados às Cortes norte-americanas, o argumento com base nas tradições culturais tem acarretado a redução ou mesmo a exclusão das penas previstas.

Okin menciona que diversas feministas têm observado que a consideração dos valores das minorias tem levado ao tratamento discriminatório entre as mulheres habitantes de um mesmo Estado liberal, já que aquelas pertencentes às minorias não têm o seu direito à igualdade de gênero respeitado³⁰.

Questionando os reais benefícios do multiculturalismo para a mulher, a autora adverte que ao se defender os direitos das minorias deve-se atentar cuidadosamente para as desigualdades existentes no interior desses grupos, sobretudo, desigualdades entre os

²⁸ “These myths consist of a combination of denials of women’s role in reproduction; appropriations by men of the power to reproduce themselves; characterizations of women as overly emotional, untrustworthy, evil, or sexually dangerous; and refusals to acknowledge mother’s rights over the disposition of their children”. OKIN, Susan Moller. *Op. cit.*, p. 13.

²⁹ “...the overwhelming majority of ‘cultural defenses’ that are increasingly being invoked in U.S. criminal cases involving members of cultural minorities are connected with gender – in particular with male control over women and children. Occasionally, cultural defenses are cited in explanation of expectable violence among men or the ritual of animals. Much more common, however, is the argument that, in the defendant’s cultural group, women are not human beings of equal worth but rather subordinates whose primary (if not only) function is to serve men sexually and domestically. Indeed, the four types of cases in which cultural defenses have been used most successfully are: (1) kidnap and rape by Hmong men who claim their actions are part of their cultural practice of *zii poj niam*, or ‘marriage by capture’; (2) wife-murder by immigrants from Asian and Middle Eastern countries whose wives have either committed adultery or treated their husbands in a servile way; (3) murder of children by Japanese or Chinese mothers who have also tried to kill themselves, and who claim that because of their cultural backgrounds the shame of their husband’s infidelity drove them to the culturally condoned practice of mother-child suicide; and (4) in France – though not yet in the United States, in part because the practice was criminalized only in 1996 – clitoridectomy”. OKIN, Susan Moller. *Op. cit.*, p. 18.

³⁰ “When a woman from a more patriarchal culture comes to the United States (or some other Western, basically liberal, state), why should she be less protected from male violence than other women are? Many women from minority cultures have protested the double standard that is being applied on behalf of their aggressors”. OKIN, Susan Moller. *Op. cit.*, p. 20.

sexos, já que estas normalmente se manifestam no espaço privado e são, portanto, mais difíceis de serem identificadas.

Além disso, as políticas de reconhecimento dos direitos das minorias devem considerar a imperiosidade de se investigar a realidade dos indivíduos menos poderosos dentro dessas minorias e que dispõem de menor, ou nenhuma, participação no processo de estabelecimento das regras sociais, a fim de que essas políticas possam representar seus interesses em conformidade com os direitos garantidos ao restante da população.

Diversas foram as críticas ao pensamento de Susan Okin, entre as quais se destacam os argumentos de Azizah Al-Hibri. Para essa autora, a posição de Okin apresenta três erros fatais, os quais podem ser estendidos a todo discurso contra o multiculturalismo:

O primeiro deles se manifesta na visão estereotipada e preconceituosa que é feita do “Outro”. Segundo Azizah Al-Hibri, a crítica que Okin realiza acerca dos mitos originários das religiões, especialmente do islamismo, é reducionista e influenciada pela análise bíblica do mito de Adão e Eva. Na verdade, explica Al-Hibri, o Alcorão prega que tanto Adão quanto Eva foram tentados por Satã, e ambos sucumbiram, de forma que se trata de uma história sobre a condição humana, e não sobre a primazia do homem sobre a mulher. No mesmo sentido, as teorias contra o multiculturalismo refletem um desprezo por aquilo que é do “Outro”, uma desconsideração pelas particularidades daquilo ou daquele que é estranho e, conseqüentemente, acarretam um diagnóstico equivocados sobre os fenômenos que analisam³¹.

A segunda falha no discurso de Okin encontra-se na ausência de delimitação entre a origem cultural ou religiosa de determinadas práticas dos grupos minoritários. Apesar de, a partir de uma visão externa e superficial, atos como o uso de véu, a poligamia e os casamentos precoces aparentemente não possuírem uma origem distinta, na visão interna, a distinção existe e corresponde à possibilidade de aceitação ou rejeição de mudanças.

Com efeito, de acordo com alguns fundamentos do Islamismo expostos por Al-Hibri, a todo indivíduo, independentemente de seu sexo, é concedida a liberdade de consciência e o direito de realizar sua interpretação pessoal do texto sagrado, inexistindo uma autoridade central responsável por difundir uma única interpretação. Por outro lado, sendo o Islamismo uma religião mundial que defende a diversidade, os países muçulmanos

³¹ Sobre a específica questão do mito originário do Islamismo, Azizah Al-Hibri esclarece que “while ‘founding-myths’ are not patriarchal in Islam, several jurists have succeeded in developing a patriarchal interpretation of various Qur’anic passages. It is these passages with the related jurisprudence, and not the ‘founding-myths’, that need to be addressed in Islam”. AL-HIBRI, Azizah Y. Western. Is western patriarchal feminism good for third world/minority women?. In: OKIN, Susan Moller. *Is multiculturalism bad for women?* Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 42.

são incentivados a manter os costumes locais, desde que não sejam incompatíveis com o Islamismo. Ocorre que muitos países muçulmanos mantiveram costumes locais controversos, que foram equivocadamente reconhecidos, pelo Ocidente e mesmo por comunidades locais, como se islâmicos fossem. Por fim, Al-Hibri menciona que a jurisprudência islâmica adota o princípio de que muitas leis se modificam com o passar do tempo e dos lugares, ainda que muitos muçulmanos continuem seguindo a jurisprudência de séculos e civilizações passados. Além disso, os juristas acreditam que as leis do Criador sempre são destinadas a servir o interesse público.

Dessa forma, conclui a autora que o feminismo realmente preocupado com a realização de reformas no mundo muçulmano, ou nas comunidades de imigrantes muçulmanos, precisa respeitar os sentimentos religiosos e culturais desse povo, reconhecendo a sacralidade daqueles e a flexibilidade destes. Isso significa, segundo a autora, que para as feministas realizarem uma abordagem bem sucedida do Islamismo elas precisam reexaminar criticamente a jurisprudência islâmica em vigor, a fim de estabelecer princípios jurisprudenciais compatíveis com os interesses do povo muçulmano – tarefa impossível sem a clara separação da origem religiosa ou cultural das práticas islâmicas.

Por fim, Al-Hibri trata do terceiro erro fatal no discurso de Okin, que consiste na contradição existente entre a posição contrária à defesa do multiculturalismo e os princípios do Estado laico e da liberdade de expressão, ambos presentes nas constituições de diversas democracias ocidentais. Al-Hibri argumenta que a violação desses princípios representa inequívoca violação de direitos civis básicos.

Conclui a autora mencionando que a opção da mulher por determinada religião³² é desqualificada pelas feministas, as quais assumem postura claramente patriarcal. Pior do que isso, Al-Hibri afirma que na ânsia de controlar a vida das mulheres imigrantes, justificando, inclusive, ações coercitivas por parte do Estado, as feministas ocidentais demonstram não terem aprendido nada sobre colonialismo, imperialismo e fascismo nas aulas de História.

Por todo o exposto, parece incontroverso que a afirmação do direito à igualdade deve ser cuidadosamente conciliada com os valores e ideologias das minorias, sob pena de criar mais conflitos do que soluções para as mulheres.

Sobre outro aspecto do tema, Nancy Fraser atenta para o fato de que as políticas de reconhecimento da diferença, voltadas à valorização positiva das identidades culturais, não

³² “For example, many contemporary women with established careers have adopted the Orthodox or Hasidic Jewish way of life as adults”. AL-HIBRI. Azizah Y. Western. *Op. cit.*, p. 44.

são suficientes para a garantia de direitos legais aos diferentes grupos, pelo simples fato de estabelecerem o mero pertencimento à espécie humana como denominador comum entre todos os cidadãos³³. Com efeito, segundo esta autora, as relações de dominação, subordinação e as incompatibilidades entre os grupos vão continuar existindo enquanto não forem articuladas políticas sociais de redistribuição de poder.

Nesse sentido, tanto a abordagem antiessencialista quanto a multiculturalista restringem suas análises e propostas ao nível cultural, tratando-as de maneira abstrata em relação às políticas sociais de equidade³⁴, de forma que acabam por fracassar na tentativa de apresentar soluções eficazes no contexto atual de multiplicidade e intersecções de demandas.

³³ O resultado do destaque que a cultura tem recebido nos debates feministas tem sido a polarização entres as demandas de justiça focadas nas políticas de redistribuição e nas políticas de reconhecimento. Como mencionar Fraser: “nos movimentos sociais como o feminismo, por exemplo, tendências ativistas que vislumbram a redistribuição como remédio para a dominação masculina estão, cada vez mais, dissociadas das tendências que, ao invés, visualizam o reconhecimento da diferença de gênero. [...] além disso, em alguns casos, a dissociação tornou-se uma polarização. Alguns proponentes da redistribuição rejeitam completamente a política do reconhecimento, considerando as demandas pelo reconhecimento da diferença como uma ‘falsa consciência’, um obstáculo à busca da justiça social. Inversamente, alguns proponentes do reconhecimento aplaudem o relativo eclipse da política de distribuição, a qual, para eles, cheira a um materialismo ultrapassado que não pode nem articular nem desafiar experiências-chave de injustiça”. FRASER, Nancy. *Redistribuição, reconhecimento e participação... Op. cit.*, p. 168.

³⁴ Como analisa Fraser, “Both approaches restrict themselves to the plane of culture, which they treat in abstraction from social relations and social structures, including political economy. And so both try to elaborate a cultural politics of difference in abstraction from a social politics of equality. Put differently, both approaches repress the insights of equality feminism concerning the need for equal participation and fair distribution. As a result, both are left without the resources needed to make crucial political distinctions. Thus, neither can sustain a viable politics in a period of multiple, intersecting difference claims”. FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections... Op. cit.*, p.186.

4 CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO E A PROTEÇÃO PENAL DAS DIFERENÇAS

4.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E CONTEXTO HISTÓRICO

Já no pensamento clássico podemos encontrar o fundamento da noção moderna de igualdade. Aristóteles sugeriu uma fórmula que pode ser enunciada nos seguintes termos: “tratar igualmente aos iguais, e desigualmente aos desiguais”¹.

Ainda que os diversos contextos históricos demonstrem uma relativização na abrangência da aplicação do princípio, é não só possível, como costumeiro, traçar-se esse paralelo entre a fórmula clássica e a noção moderna de igualdade².

Todavia, é preciso ressaltar que a realidade social, cultural e política das civilizações clássicas limitava a compreensão que os antigos possuíam do princípio da igualdade.

Com efeito, como nos revelam os preciosos estudos de Fustel de Coulanges³, as sociedades antigas ocidentais eram rigidamente estratificadas, dividindo hierarquicamente

¹ No Livro V de *Ética a Nicômaco* Aristóteles afirma que “se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais). Além do mais, isto se torna evidente porque aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo “de acordo com o mérito de cada uma”, de fato, todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Livro V. Tradução do grego Mário da Gama Kury. 4ª edição. Brasília: Editora UnB., 2001, p. 96. Bittar, ao interpretar essa passagem da obra de Aristóteles menciona que “toda distribuição requer um critério diferenciador entre os súditos, que é o mérito. O mérito desiguala aqueles que de acordo com ele são desiguais, ao mesmo tempo em que coloca em iguais condições aqueles que, com referência a ele, são iguais. A justiça distributiva, neste sentido, rompe os limites da tradicional falácia da reciprocidade, para a qual o igualitarismo é o cerne do sistema social. Antes de propugnar pelo igualitarismo, a noção de justiça distributiva proporcional ao mérito de cada indivíduo ressalta a relatividade da justiça, que deve obedecer ao princípio do igual aos iguais e do desigual aos desiguais. Assim é que, estabelecendo uma ordem de valores que se relativizam em consonância com as diferenças sociais, culturais, econômicas, políticas, entre outras, que naturalmente colocam os homens em condições desiguais, dentro da própria variabilidade dos critérios eleitos pelas múltiplas comunidades políticas, abandona a idéia da reciprocidade e vem a se ancorar no conceito de proporcionalidade”. BITTAR, Eduardo C. B.. *Curso de Filosofia Aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri: Manole, 2003, p. 1048.

² Nesse sentido, Rios menciona que “enquanto ideal almejado, a igualdade, tanto como aspiração política e social, quanto como princípio jurídico, revela-se, desde a Grécia Antiga, pedra de toque de inúmeras teorias jurídicas e de projetos políticos. É o que se pode observar nas obras jurídicas contemporâneas. O raciocínio jurídico, ao defrontar-se com a interpretação do princípio constitucional da igualdade, parte sempre da máxima da igualdade como tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na proporção da sua desigualdade”. RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2002, p. 22.

os indivíduos em grupos com papéis sociais e políticos diversos⁴. Segundo este historiador, a religião e o culto aos antepassados determinavam toda uma série de regras e tradições que delimitavam a liberdade e o papel de cada um no seio da família e da comunidade⁵.

Relata Coulanges, cujo esforço em pontuar a relevância da religião nas civilizações antigas empresta grande clareza à compreensão do modo de vida de então, as coisas funcionavam de tal forma que, deixando a religião de atribuir *status* a uma classe, esta nunca chegaria a desfrutar de relevância na vida pública, tampouco teria seus interesses levados em consideração nas decisões políticas e administrativas da organização urbana. Dessa forma, um indivíduo que não fosse considerado cidadão pelo Direito, que outra coisa não era senão o reflexo das tradições religiosas⁶, não disporia nunca de qualquer sorte de “mérito” do qual falava Aristóteles, que o tornasse digno de ser tratado como

³ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁴ “A cidade antiga, como toda a sociedade humana, apresentava classes, distinções, desigualdade. Conhecemos em Atenas a distinção originária entre os eupátridas e os tetas; em Esparta encontramos a classe dos iguais e dos inferiores, e na Eubéia sabemos ter existido a dos cavaleiros e a do povo. A história de Roma está cheia de lutas entre patrícios e plebeus, lutas que voltamos a encontrar em todas as cidades sabinas, latinas e etruscas. Quanto mais alto remontarmos na história da Grécia e na da Itália, tanto mais profunda se afirmará esta distinção e as classes se mostrarão mais fortemente separadas: prova evidente de como a desigualdade não se formou com o tempo, existindo desde o princípio e, portanto, contemporânea do começo das cidades”. COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 255.

⁵ “Vê-se como as classes na idade primitiva das cidades estavam sobrepostas uma à outra. No cimo estava a aristocracia dos chefes de família, os que a linguagem oficial de Roma chamava *patres*, os clientes apelidavam de *reges* e a *Odisséia* nomeia de *basileis* ou *ánaktes*. Abaixo dos *patres*, os ramos mais novos das famílias; abaixo ainda, os clientes, e, só depois, mais abaixo, muito mais para baixo e fora de todos os demais, se encontrava a plebe. Da religião proveio essa distinção de classes. Porque, no tempo em que os antepassados dos gregos, dos itálicos e dos hindus viviam juntos na Ásia central, a religião lhes havia dito: “O primogênito fará a oração”. Daqui veio a superioridade do primogênito em todas as coisas; o ramo do primogênito foi em cada família o ramo sacerdotal e proprietário. Todavia, a religião estimava muito os ramos mais novos, por estes serem uma espécie de reserva para um dia substituírem o ramo primogênito, quando extinto, e assim salvarem o culto da família. A religião considerava ainda um pouco o cliente, e até mesmo o escravo, porque estes assistiam aos atos religiosos. Mas o plebeu, não tomando parte alguma no culto, a religião não o considerava absolutamente em nada. Deste modo as classes estavam estabelecidas”. COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 265.

⁶ Segundo Coulanges “O direito privado existiu antes da cidade. Quando a cidade principiou a escrever suas leis, achou esse direito já estabelecido, vivendo, enraizado nos costumes, fortalecido pelo unânime consenso dos povos. Aceitou-o, não podendo proceder doutro modo e não ousando modificá-lo senão muito tempo mais tarde. O antigo direito não é obra do legislador; o direito, pelo contrário, impôs-se ao legislador. Teve sua origem na família. Nasceu ali espontânea e inteiramente elaborado nos antigos princípios que a constituíram. Originou-se das crenças religiosas universalmente admitidas na idade primitiva destes povos que exerciam domínio sobre as inteligências e sobre as vontades”. E mais adiante: “O homem não estudou sua consciência e disse: isto é justo, aquilo não o é. O direito antigo não nasceu assim. Mas o homem acreditava que o lar sagrado, em virtude da lei religiosa, devia passar de pai pra filho, e desta crença resultou a propriedade hereditária da sua casa. O homem, ao enterrar seu pai no campo, julgava que o espírito do morto, tomando posse desse terreno para sempre, reclama da posteridade culto perpétuo; assim resultou que o campo se tornasse domínio do morto e lugar dos sacrifícios, propriedade inalienável de certa família. A religião dizia: o filho continua o culto, não a filha; e a lei repetiu com a religião: o filho herda, a filha não; o sobrinho por varonia herda, mas o sobrinho por via feminina já não é herdeiro. A lei surgiu desse modo, apresentando-se por si própria e sem o homem necessitar ir ao seu encontro. Brotou como consequência direta e necessária da crença; era a própria religião, aplicada às relações dos homens entre si”. COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 85 – 205.

igual. Ele não estava alçado à categoria dos indivíduos que mereciam receber um tratamento isonômico pela lei.

O que dizer, então, das mulheres? Com algumas poucas mudanças de uma civilização antiga para outra, a mulher contava com diminuta relevância social, que lhe era conferida na medida de sua participação nos cultos religiosos. No mais, estava absolutamente subordinada aos poderes do chefe da família. Assim como as crianças, os servos, os escravos, os plebeus e os estrangeiros, a mulher não era considerada cidadã. Não participava, portanto, da vida pública. Assim, não tinha liberdade para decidir os destinos de sua vida. Era, como descreve Coulanges, “parte integrante de seu esposo”⁷.

As mulheres sequer eram submetidas à justiça pública. Por seus atos respondia o chefe de família a quem estivesse subordinada e este, no âmbito da família, decidia quais medidas tomar em conflitos nos quais a mulher se envolvesse⁸.

De forma que, por esta pequena exposição, verifica-se que a aplicação da noção de igualdade como foi proposta por Aristóteles não buscava resolver todas as desigualdades sociais que se apresentavam na sociedade antiga, mas tão-somente equalizar as relações

⁷ “A religião não coloca a mulher em posição tão elevada. É verdade que toma parte nos atos religiosos, mas não como senhora do lar. A sua religião não advém do nascimento; nela foi iniciada só pelo casamento, e aprendeu com seu marido a oração que pronuncia. Não representa os antepassados, pois não descende deles. Também não se tornará um antepassado; colocada no túmulo, jamais receberá culto especial. Na morte, como na vida, a mulher será sempre considerada como parte integrante de seu esposo. O direito grego, o direito romano e o direito hindu, oriundos destas crenças religiosas, concordam ao reputarem a mulher sempre como menor. A mulher nunca pode ter um lar para si, nunca poderá ser chefe de culto. Em Roma recebe o título de *materfamilias*, mas perde-o quando seu marido morre. Não tendo lar que lhe pertença, nada possui que lhe dê autoridade na casa. Nunca manda; não é livre, nem senhora de si própria, *sui iuris*. Está sempre junto ao lar de outrem, repetindo a oração deste; para todos os atos da vida religiosa a mulher precisa de um chefe, e para todos os atos da sua vida civil necessita de um tutor”. Apesar desse quadro repleto de não-poderes, Coulanges menciona que “a mulher tem direitos, porque tem o seu lugar no lar, sendo a encarregada de olhar para que não se extinga o fogo sagrado. É a mulher, sobretudo, quem deve estar atenta a que este fogo se conserve puro; invoca-o, oferece-lhe o sacrifício. Tem, pois, também o seu sacerdócio. Onde a mulher não estiver, o culto doméstico acha-se incompleto e insuficiente. Grande desgraça é para o grego ter o “lar sem esposa”. Entre os romanos a presença da mulher é de tal modo indispensável ao sacrifício que o sacerdote, ficando viúvo, perde o seu sacerdócio. Pode se dizer que só devido a esta participação no sacerdócio doméstico deve a mãe de família a veneração de que sempre se fez acompanhar na sociedade grega e romana. Donde resulta a mulher ter na família título idêntico ao de seu marido: os latinos diziam *paterfamilias* e *materfamilias*, os gregos *oikodespótes* e *oikodéspoina*, os hindus *grihapati* e *grihapatni*. Deste fato procede também a fórmula pronunciada pela mulher no casamento romano *Ubi tu Caius, ego Caia*, fórmula com a significação de que se, na casa, a mulher não tem autoridade igual à do marido, tem pelo menos igual dignidade”. COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 86 – 99.

⁸ “Lê-se no jurisconsulto Gaio: ‘É preciso saber que nada pode ceder-se em justiça às pessoas que estão sob o poder de outras, isto é, à mulher, ao filho e ao escravo. Na verdade, desde que estas pessoas não podem possuir coisa alguma, com razão se concluiu nada poderem também reivindicar em justiça. Se o vosso filho, submetido ao vosso poder, cometer algum delito, a ação em justiça será contra vós. O delito cometido por um filho na pessoa de seu pai não dá lugar a nenhuma ação em justiça’. De tudo isto resulta muito claramente não poderem a mulher e o filho ser demandistas, defensores, acusadores, acusados ou testemunhas. De toda a família só o pai podia comparecer perante o tribunal da cidade; a justiça pública só existia para o pai”. COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 93.

entre os poucos homens considerados cidadãos e, conseqüentemente, merecedores da justiça distributiva.

Não que se pretenda aqui diminuir a importância da fórmula de Aristóteles. Ela foi fundamental por, pelo menos, duas importantíssimas razões: primeiro, porque fixou a necessidade de estabelecer-se um marco referencial razoável pelo qual as pessoas deveriam ser comparadas. De fato, era na medida do mérito de cada um que se concluía pela quantidade ou qualidade daquilo que lhe era devido. Havia, dessa forma, uma ordem de valores que ditava o maior ou menor mérito de um homem com base no que genericamente era compreendido como digno de maior ou menor mérito⁹. Ou seja, a aplicação do princípio da igualdade exige um ponto referencial reconhecido ou reconhecível e ao qual todos devem estar igualmente submetidos a fim de que se possa concluir o que, ou quanto cada um merece. Segundo, porque Aristóteles atrelou à noção de justiça a necessidade de não apenas tratar os iguais igualmente, mas, sobretudo, impôs o reconhecimento de que o tratamento igualitário não é suficiente quando seus destinatários se encontrem em posições desiguais. Neste caso, o tratamento desigual surge como único caminho para a justiça¹⁰.

Portanto, não há dúvidas de que o pensamento de Aristóteles representou um marco fundamental na construção e consolidação do princípio da igualdade. Por outro lado, é inegável que a visão que o homem tem acerca dos fenômenos sociais que o envolvem é irremediavelmente limitada pelo seu contexto histórico, pela ideologia então dominante.

Dessa forma, quando, em plena Revolução Francesa, clamava-se por liberdade, igualdade e fraternidade, os que queriam ser tratados como iguais já eram outros,

⁹ “Este critério de merecimento é aprendido pelos cidadãos por meio da participação na *polis*, que fornece as coordenadas para a justa distribuição de bens. Tal capacidade – de reconhecer serem devidos certos bens a certas pessoas em certas oportunidades – decorre da experiência, do hábito, da reta razão. A justiça, neste contexto, cumpre uma missão fundamental diante de todas as virtudes, pois será ela quem orientará os julgamentos nas mais diversas situações, envolvendo o exercício de outras virtudes, tais como a coragem, a temperança, a liberalidade e a excelência estética”. RIOS, Roger Raupp. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁰ Nesse sentido, Rui Barbosa, em sua famosa Oração aos Moços, menciona: “A regra de igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam (...). Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa Rui Barbosa, 1999, p. 26. Acrescenta Rios: “A excelência política, por conseguinte, consiste em ordenar adequadamente os bens, tanto em geral como em situações particulares. Esta ordenação dá-se mediante julgamentos por parte daquele que ordena os bens. Um julgamento correto implica identificar corretamente os bens em questão numa dada situação, instituindo uma relação isonômica; a incorreção, neste passo, pode advir de uma má compreensão da situação ou de uma compreensão inadequada acerca dos bens, resultando na desigualdade”. No mesmo sentido, Raposo: “O conceito de igualdade pode ser definido como o tratamento igual daquilo que é igual, e o tratamento diferente daquilo que é diferente. Todavia, as situações, as pessoas, as coisas, apresentam entre si aspectos iguais e aspectos distintos. O repto consiste em escolher quais os factores que devem ser considerados relevantes, de forma a avaliar se estamos perante situações iguais ou diferentes. Trata-se de uma opção política. A afirmação da igualdade não consiste na constatação de um facto, mas sim na eleição de um factor de comparação”. RIOS, Roger Raupp. *Op. cit.*, p. 30.

diferentes dos cidadãos antigos, e tinham os seus próprios fundamentos, não mais religiosos. Neste momento histórico, uma nova classe social surgia segura de seu direito de merecimento, não mais respaldado na religião, como na Antiguidade, ou na propriedade da terra, como na Idade Média, mas na riqueza mercantil que reluzia com o reflorescimento das trocas comerciais entre os novos burgos.

Pretendiam os revolucionários burgueses, aos brados do lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, abolir a sociedade estamental existente durante o Antigo Regime, cessando com a ordem de privilégios que regia as relações entre a monarquia, o clero e a nobreza.

Com efeito, a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consagrou em seu artigo primeiro o princípio da igualdade: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”¹¹.

Foi, sem dúvida, um avanço inestimável para a evolução da noção de igualdade. Entretanto, essa igualdade pela qual lutavam os revolucionários possuía também as suas limitações, assim como acontecia na Antiguidade. Mais uma vez, as mulheres não foram alçadas à mesma categoria dos demais cidadãos, dignos do tratamento igualitário.

Nos dizeres de Fábio Konder Comparato, “na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas de um só golpe todas as servidões feudais, que vigoravam há séculos, como também se proclamou, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição dos privilégios religiosos. Por um decreto da convenção de 11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias. Esse movimento igualitário só não conseguiu, afinal, derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos”¹².

¹¹ Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Último acesso em: 17/jan/2011.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 131. No mesmo sentido, a análise de Raposo: “Os tradicionais estatutos pessoais geradores de situações jurídicas particularizadas (em função do berço, da profissão, da crença religiosa) que cunhavam o Antigo Regime desvaneceram-se com a Revolução Francesa, excepto no que toca ao sexo. A distinção entre uma desigualdade artificial (que como tal, deveria ser expurgada) e uma desigualdade natural (e portanto inconcussa), proposta pelos pensadores franceses pré-revolucionários, foi sufragada pelo próprio Rousseau, que distinguia entre as desigualdades naturais e as desigualdades sociais. Enquanto as primeiras aludem às distintas situações de saúde, de força física e de inteligência em que os vários indivíduos se encontram, já as segundas se reportam à classificação das pessoas segundo a respectiva riqueza, estatuto social e poder. Em termos práticos, esta distinção acaba por se tornar promíscua, uma vez que as desigualdades naturais vão sendo diferentemente valoradas ao longo dos tempos. Todavia, no plano teórico, a distinção manifesta toda a sua importância, pois revela que o princípio da igualdade legalmente proclamado apenas pode aspirar a

Ainda que persistisse a desigualdade entre os sexos, o contexto revolucionário logrou derrubar dogmas tidos até então como inquestionáveis. Assim, o terreno para a dúvida, para os questionamentos, para as provocações estava aberto. Afinal, por que as mulheres não tinham também o direito ao tratamento igualitário?

Tocada por essa pergunta, que ganhou contornos de revolta e indignação, Olympe de Gouges apresentou uma Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã à Assembleia Nacional da França, em 1791, em clara contraposição à Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na qual evocava o direito ao igual tratamento que deveria ser concedido aos homens e mulheres.

O artigo primeiro da Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã proclamava que “a mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem. As distinções sociais só podem ser baseadas no interesse comum”¹³.

Os franceses, todavia, não estavam preparados para esta revolução. A atitude pioneira de Olympe de Gouges, de mulher política, revolucionária e defensora dos direitos da mulher, (uma legítima feminista, cumpre dizer), levou-lhe à guilhotina, em 1793. Como menciona Raposo, ainda foram necessários muitos anos para que a igualdade entre homens e mulheres passasse a integrar os ordenamentos jurídicos: “Embora as grandes declarações de direitos dos séculos XVII, XVIII e XIX tenham proclamado sem restrições a igualdade perante a lei, ter-se-ia que aguardar pelo século XX para que as Constituições começassem a acautelar a condição das mulheres, prevendo preceitos programáticos ou normas precisas dirigidas ao legislador, impondo-lhe uma obrigação de legislar. O século XX trouxe consigo a garantia dos direitos fundamentais de todos os membros da sociedade,

expungir as desigualdades sociais (artificiais), não já as desigualdades naturais. Simplesmente, os revolucionários actuaram sob o plano legal das desigualdades, deixando incólumes as desigualdades sociais e financeiras efectivamente existentes. Aos seus olhos, se a igualdade reinasse no campo dos princípios, a sociedade conseguiria suportar as desigualdades reais que persistiam e que afectavam particularmente os grupos sociais e economicamente desfavorecidos. A igualdade efectiva estava ainda longe de ser concretizada. No que respeita às mulheres, pode dizer-se que os revolucionários, que tanto criticaram as concepções pré-iluministas, não se coibiram de aderir ao respectivo modelo patriarcal”. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 246.

¹³ Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>>. Último acesso em: 17/jan/2011. Do preâmbulo da Declaração extrai-se: “Mães, filhas, irmãs, mulheres representantes da nação reivindicam constituir-se em uma assembléia nacional. Considerando que a ignorância, o menosprezo e a ofensa aos direitos da mulher são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção no governo, resolvem expor em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados da mulher. Assim, que esta declaração possa lembrar sempre, a todos os membros do corpo social seus direitos e seus deveres; que, para gozar de confiança, ao ser comparado com o fim de toda e qualquer instituição política, os atos de poder de homens e de mulheres devem ser inteiramente respeitados; e, que, para serem fundamentadas, doravante, em princípios simples e incontestáveis, as reivindicações das cidadãs devem sempre respeitar a constituição, os bons costumes e o bem estar geral”.

independentemente da sua raça, cor, religião, convicções políticas ou filosóficas, nacionalidade, fortuna, estatuto social ou sexo. O princípio da igualdade dava assim entrada no mundo jurídico. Mas esta era ainda uma igualdade teórica, estática, insuficiente. Muitos dos direitos consagrados na lei não passavam de construções puramente jurídicas, com escassos efeitos práticos”¹⁴.

De qualquer forma, a pretensão deste trabalho não é a de traçar a evolução histórica da noção da igualdade pontuando os momentos em que a mulher passou a ser incluída como destinatária desse princípio.

O que se intenta é chamar atenção para o fato de que são as ideologias dominantes em dado momento histórico que determinam a compreensão mais ou menos abrangente da noção de igualdade, trilhando o caminho de uma evolução que inevitavelmente acompanha a capacidade que os indivíduos possuem de questionar e derrubar dogmas, abrindo-se para novos valores, para novas formas de arranjo social.

Nesse sentido e mais além, é absolutamente adequada a afirmação de José Reinaldo de Lima Lopes:

“Certo que historicamente as divisões entre iguais e semelhantes sofrem alteração, ou seja, ao longo da história as condições materiais de vida se alteram de modo que semelhanças e distinções deixem de ser razoáveis: passam a ser injustificáveis e incompreensíveis. Com o acréscimo e ampliação do saber em torno de certos temas pode-se compreender de modo novo certos fatos ou fenômenos. Isto posto, a ignorância passa a ser inescusável e os critérios de ação racional mudam. Por exemplo: a pobreza já não se compreende como uma fatalidade natural, uma herança, ou o resultado da vontade dos deuses. Já sabemos muito sobre os processos de geração de pobreza. A consciência possível em torno do tema já não pode escusar ou justificar divisões sociais que a ela se reportem. O mesmo se pode dizer quanto às diferenças étnicas e genéticas, ao comportamento sexual, etc.. Sendo tais conquistas do saber conquistas gerais da humanidade, ainda que precárias e frágeis, o princípio de ação que determina tratar casos iguais de forma igual mantém-se como regra racional, mas seu conteúdo é preenchido de forma

¹⁴ RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva. O princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos: problemas suscitados pela discriminação positiva*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 247.

nova. Naturalmente, o resultado do juízo a respeito de certos casos será completamente novo”¹⁵.

Essa ponderação introdutória é importante para que se compreenda que são as transformações sociais que ditam o ritmo da produção do Direito, e as transformações sociais só acontecem quando os dogmas ideológicos conseguem ser rompidos e transformados.

Como será visto adiante, o final do século XX, especialmente a partir da década de 1960, reuniu diversas condições favoráveis ao rompimento de vários dogmas conservadores do *status quo* vigente, propiciando conquistas não só ao movimento feminista, mas a todos que defendessem uma compreensão e aplicação mais abrangente do princípio igualitário.

4.2 DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE MATERIAL

Como mencionado, a igualdade entre os cidadãos foi adotada como lema da Revolução Francesa, movimento liderado pela burguesia que aspirava à limitação do poder estatal e à cessação dos privilégios distribuídos à nobreza e ao clero, pela instituição do Estado de Direito liberal, que deveria garantir os direitos naturais de todos os homens, iguais entre si.

O princípio da igualdade passou a integrar diversos textos das constituições e das declarações de direitos fundamentais de finais do século XVIII¹⁶ e século XIX. Por ele

¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139. Ainda no mesmo sentido, Raposo menciona que “a noção de igualdade e justiça depende das concepções próprias de dada sociedade em certo momento histórico. Quem dita essas concepções? Numa sociedade democrática é a comunidade, que se expressa mediante os seus representantes políticos. Não se trata pois de princípios inscritos na natureza das coisas, mas sim do produto da vontade da maioria política, sujeitos às oscilações de opinião. O estatuto de homens e mulheres na sociedade modificar-se-á consoante as forças políticas no poder e as maiorias que as sustentam. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 242.

¹⁶ O princípio da igualdade foi expressamente previsto em uma declaração de direitos, pela primeira vez, em 1776, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, cujo texto reconhecia que “todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”. BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 2.

pretendia-se assegurar a igualdade de todos perante a lei, como se isso fosse suficiente para que todo indivíduo pudesse concorrer pelas melhores oportunidades na vida, superando eventuais desvantagens pessoais, econômicas ou sociais, em relação aos outros cidadãos. O Estado de Direito liberal deveria garantir a livre concorrência entre os indivíduos, cujo sucesso dependeria tão somente do mérito próprio de cada um, aptos ou não a superar as condições desiguais de vida.

Nesse diapasão, Vera Lúcia Carapeto Raposo menciona que “a igualdade formal – também chamada matemática, exacta, estrita, numérica, abstracta – remonta à igualdade aritmética de Platão, a qual se traduzia na distribuição dos bens às pessoas de uma forma algébrica, *per capita*. O liberalismo tomou esta igualdade como lema, pois deixou-se seduzir pela pura igualdade perante a lei, sem qualquer distorção nem ressalva. Todos são titulares dos mesmos direitos, não introduzindo a lei diferenciações entre as pessoas, o que marcou sem dúvida um progresso importante face à época em que a lei provocava distinções consoante o sexo, cor, religião, nacionalidade, ascendência ou classe social”¹⁷.

Efetivada a ruptura revolucionária, atinaram os burgueses vitoriosos com o incômodo que esse Estado de Direito liberal, garantidor do direito à liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens, poderia representar aos seus planos, na medida em que se abria a possibilidade de reivindicações contrárias ou diversas daquelas que interessavam ao grupo recém empossado.

José Afonso da Silva faz a ressalva de que “a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio da classe em que assenta a democracia liberal burguesa”¹⁸.

Dessa forma, o projeto de um Estado de Direito voltado à defesa dos direitos naturais de todos os cidadãos foi esvaziado, em contrapartida ao surgimento de um Estado rigidamente submetido ao princípio da legalidade formal.

Nesse contexto, esclarece Rios que o “direito de igualdade decorre imediatamente do princípio da primazia da lei no Estado de Direito, sem a consideração de quaisquer outros dados que não a abstrata e genérica formulação do mandamento legal, independente

¹⁷ RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 248.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 211.

das peculiares circunstâncias de cada situação pessoal e concreta dos destinatários da norma jurídica”¹⁹.

Acrescenta o autor: “O resultado que daí advém é a regulação igual das situações subjetivas e objetivas desiguais: eis a aplicação formal da igualdade, contrariando materialmente a consagrada máxima segundo a qual ser justo é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Trata-se, como dito, dos efeitos de uma aplicação formal do princípio da igualdade, porquanto visualizados os destinatários da regra jurídica abstratamente, desligados de sua individualidade e de sua concretude histórica”²⁰.

Essa concepção do princípio da igualdade, aplicado apenas em seu aspecto formal, serviu duplamente aos propósitos burgueses na medida em que possibilitou a superação da ordem de privilégios estabelecida no Antigo Regime, a qual se pautava exclusivamente pela classe social a que pertencia o indivíduo, pela sua origem, pelo seu berço, pela propriedade de terras de que dispunha. E, ao mesmo tempo, impediu que as demais classes sociais, outrora massa de manobra dos revolucionários, turbassem o poder econômico que se concentrava nas mãos da burguesia²¹.

O fracasso da igualdade formal como critério para a aplicação da justiça evidenciava-se abertamente: ele não só era ineficiente para alçar as classes desfavorecidas econômica e politicamente a melhores condições de vida, como sob sua égide foi possível construir toda a legislação nazista, que aplicou dentro dos parâmetros da legalidade uma das mais atrozés políticas discriminatórias da História²².

¹⁹ RIOS, Roger Raupp. *Op. cit.*, p. 37.

²⁰ RIOS, Roger Raupp. *Op. cit.*, p. 41.

²¹ José Afonso da Silva assevera que “as declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa. Isso se explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí por que as liberdades da burguesia liberal se caracterizam como liberdades-resistência ou como meio de limitar o poder, que, então era absoluto. No entanto, o desenvolvimento industrial e a conseqüente formação de uma classe operária logo demonstraram insuficiência daquelas garantias formais, caracterizadoras das chamadas liberdades formais, de sentido negativo, como resistência e limitação ao poder. Pois a opressão não era, em relação a ela, apenas de caráter político formal, mas basicamente econômico. Não vinha apenas do poder político do Estado, mas do poder econômico capitalista. De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe, de condições materiais para exercê-las”. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 159.

²² “A afirmação da igualdade meramente formal, preconizada no quadro do Estado de Direito formal, corresponde a um princípio de racionalidade universalista que nada acrescenta à questão da justiça ou da injustiça das equiparações ou diferenciações. Nada diz a respeito de como devem ser tratados os indivíduos com tais ou quais características. Nesta esteira, aliás, estariam o legislador e o aplicador da lei autorizados a praticar qualquer discriminação sem ofender ao princípio da igualdade, donde que, por exemplo, não ofenderia ao princípio da igualdade a legislação nazista endereçada contra judeus, ciganos ou homossexuais”. RIOS, Roger Raupp. *Op. cit.*, p. 42.

Enfim, era preciso ir além da igualdade meramente formal.

Como observa Flávia Piovesan, foi preciso chegar ao ponto em que o Estado aniquilou completamente o valor da pessoa humana para que se tornasse vital a reconstrução dos direitos humanos, “como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral”. Conclui a autora que “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução”²³.

Acrescenta Carmen Lúcia Antunes Rocha que urgia “que se promovesse constitucionalmente, por uma remodelação da concepção adotada pelo sistema normativo democrático, a igualdade jurídica efetiva, a dizer, promotora da igualação. Os iguais mais iguais que os outros já tinham conquistado o “privilégio” da igualdade. E os desiguais, ou aqueles histórica e culturalmente desiguais, sujeitos permanentes do Direito formal, mas párias do Direito aplicado, que não conseguiam ascender à igualdade jurídica desejada?”²⁴.

Assim, o direito à igualdade e demais direitos fundamentais foram inscritos nas reformuladas constituições dos Estados de Direito, os quais passaram a sofrer uma delimitação em sua soberania pela recém sistematizada ordem de proteção internacional dos direitos humanos, criada para atuar em sua defesa quando as instituições nacionais se mostrassem falhas ou omissas²⁵.

Temos, então, no âmbito interno dos Estados, a promulgação das constituições que trataram não só de enunciar o direito à igualdade sem discriminações, como incluíram em seu texto normas programáticas voltadas à efetiva aplicação do direito à igualdade²⁶. E, no âmbito das organizações internacionais, foram propostas diversas convenções e tratados para ratificação pelos Estados, os quais passaram a assumir internacionalmente o compromisso de garantir a salvaguarda dos direitos humanos fundamentais²⁷.

²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 122.

²⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Informação Legislativa, v. 33, n. 131, jul-set 1996, p. 284.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 123.

²⁶ Sobre a consolidação dos direitos fundamentais nas constituições, esclarece José Afonso da Silva: “A questão técnica que se apresenta na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamar-se garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Tal exigência técnica, no entanto, determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica mais caracterizadamente positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições, visto que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que lhe imprimissem eficácia bastante”. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 166-167.

²⁷ Nesse sentido, observa Piovesan: “Prenuncia-se o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, restrito ao domínio reservado do Estado, decorrência de sua soberania, autonomia e liberdade. Aos poucos, emerge a ideia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional. A partir dessa perspectiva, começa a se

A partir do momento em que o indivíduo passa a deter direitos independentemente de qualquer fator que o distinga dos demais, ou seja, quando as condições particulares do sujeito de direitos devem ser levadas em consideração na aplicação das medidas de distribuição da justiça, então o princípio da igualdade alcança finalmente seu aspecto material e passa a tutelar o direito da mulher (e de absolutamente todos) à igualdade de tratamento.

A noção de igualdade material é uma resposta à constatação prática de que a mera afirmação do direito à igualdade não é suficiente para subverter as desigualdades sociais, econômicas e políticas que existem entre os indivíduos.

Essa eficácia limitada da igualdade formal já estava traçada nas próprias circunstâncias históricas que envolveram o momento de sua proliferação, quando o que se buscava pela classe dominante era tão somente a superação da antiga ordem de distribuição de poderes.

A atuação intencionalmente contida do Estado no âmbito material de garantia dos direitos dos indivíduos acabou por acarretar a total desvalorização da pessoa humana, cujo auge se atingiu com o nazismo, e que só veio a ser restaurada pelo movimento internacional de afirmação dos direitos fundamentais.

Com isso, tornou-se missão do Estado de Direito a busca pela igualdade material, que implica, inclusive, o reconhecimento de que em dadas circunstâncias, que devem ser casuisticamente avaliadas, a justiça somente será estabelecida se for aplicado um tratamento discriminatório positivo, que seja capaz eliminar as desigualdades historicamente acumuladas e conduzir todos a um patamar de igualdade de condições e oportunidades²⁸.

Carapeto resume essa importante mudança de perspectiva. Para a autora “a harmonização das condições de partida cedo veio a revelar-se impotente para extirpar as desigualdades de facto que continuavam a atormentar certas classes de cidadãos. Esta concepção era demasiado tributária da ideologia individualista engendrada pelo

consolidar a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional”. PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 120.

²⁸ “A igualdade substancial – verdadeira, efectiva, real, normativa, contextualizada – é outrossim produto das concepções de Platão acerca da igualdade, mais precisamente daquilo que ele chamava igualdade proporcional: a distribuição de bens orienta-se pelos fins e necessidades de cada pessoa em concreto, por conseguinte uns receberão mais e outros menos. Se o critério de diferenciação entre as situações for puramente aleatório chama-se discriminação, e configurará uma violação mais ou menos clamorosa do princípio da igualdade. Ao invés, tratando-se de um critério justificado em termos morais ou éticos, isto é, em imposições de justiça, estaremos perante uma igualdade substancial”. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 249.

liberalismo. Acreditava-se ainda que a livre escolha dos indivíduos em condições de plena igualdade seria o desígnio de uma sociedade justa. Caiu-se no equívoco de apostar na igualdade à partida para atingir a igualdade à chegada. Daí que a tónica passasse para a igualdade de resultados. A passividade da lei deu lugar à sua dinâmica. O Estado comprometeu-se a oferecer aos cidadãos as condições necessárias à plena efectivação dos seus direitos, especialmente quando aqueles façam parte de grupos particularmente carenciados. Deixou de fazer sentido falar em proibição de discriminações *tout court*, na medida em que certas discriminações tornaram-se não só lícitas, como até necessárias. Assim nasceu o conceito de discriminação positiva”²⁹.

A repercussão que a adoção do princípio da igualdade material surtiu sobre os direitos da mulher será analisada a seguir.

4.3 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já refletia o esforço de reconstrução de um novo paradigma ético para o Direito, centrado na dignidade humana. Esse instrumento fundamental para a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos traçou uma nova ordem pública mundial, ao consagrar valores básicos universais.

Como observa Flávia Piovesan, “desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos”³⁰.

Mas foi em 1979, com a aprovação pelas Nações Unidas da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), que a busca pela igualdade material conquistou território.

O artigo 2º da CEDAW declara que os Estados-partes “concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher” comprometendo-se a adotar as seguintes medidas:

²⁹ RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 247.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 142.

- a) consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas Constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio;
- b) adotar as medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;
- c) estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher em uma base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
- d) abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;
- f) adotar as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;
- g) derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

Como se observa, a CEDAW não tratou apenas de declarar a igualdade entre homens e mulheres, mas de prever específicas medidas que sem delonga deveriam ser efetivamente adotadas para que se alcançasse a igualdade material, e não apenas formal, entre homens e mulheres.

Em seu artigo 4º, a CEDAW previu, inclusive, que “a adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção”.

Ou seja, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher estabelece o compromisso selado pelos Estados-partes da dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade entre homens e mulheres.

Nesse sentido, analisa Flávia Piovesan que “a Convenção objetiva não só erradicar a discriminação contra a mulher e suas causas, como também estimular estratégias de promoção da igualdade. Combina a proibição de discriminação com políticas

compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Alia à vertente repressivo-punitiva a vertente positivo-promocional”³¹.

Vera Lúcia Carapeto Raposo, por sua vez, ressalta que no entendimento das Nações Unidas, a norma do artigo 4º integra-se automaticamente na ordem jurídica interna dos Estados-partes, servindo como fundamento para ações afirmativas aparentemente violadoras do princípio da igualdade entre os cidadãos³².

Mas não foi só. O conceito de discriminação adotado pela CEDAW importou na adoção de uma nova perspectiva acerca da questão do gênero.

Estabelece o artigo 1º da Convenção que “a expressão ‘discriminação contra mulher’ significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

Para Alda Facio Montejo essa definição é triplamente importante:

Primeiro, porque ela determina que uma lei será considerada discriminatória se tiver por resultado a discriminação da mulher ainda que não tenha sido promulgada com o propósito de discriminá-la, ou seja, ainda que tenha tido a intenção de “proteger” a mulher, ou “elevá-la” à condição do homem. Conclui a autora que uma lei que trate homens e mulheres igualmente, mas da qual decorram resultados que concretamente prejudicam ou anulam o gozo ou o exercício pela mulher de seus direitos humanos será considerada uma lei discriminatória³³.

Segundo, porque ao ratificar a Convenção, o país deve passar a adotar legalmente o conceito de discriminação contra a mulher, tal qual definido pela CEDAW. Dessa forma, não são aceitáveis aquelas definições mais restritivas que entendem só haver discriminação contra a mulher quando estiver expressamente prevista no texto da lei.

E terceiro, o conceito introduzido pela CEDAW é importante porque considera que haverá discriminação contra a mulher em toda restrição baseada no sexo que importe na negação, gozo ou exercício dos direitos humanos da mulher, independentemente do âmbito em que se deem tais restrições. Como menciona Montejo, não apenas as restrições sofridas

³¹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 204.

³² RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 63.

³³ MONTEJO, Alda Facio. *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José, C.R.: ILANUD, 1992, p. 17.

pela mulher na esfera pública, mas também aquelas que ocorrem no campo cultural e doméstico passaram a ser consideradas discriminatórias.³⁴

A autora demonstra, em seguida, que a definição de “discriminação contra a mulher” traçada pela CEDAW tem o poder de desarticular o sistema patriarcal, em qualquer âmbito que se intente essa batalha, pois ela desafia seu sistema legal e a sua forma tradicional de entender a questão da igualdade entre os sexos, na medida em que propõe outra concepção do princípio de igualdade perante a lei.

Como menciona Montejo, até o momento de promulgação da CEDAW, a igualdade entre homens e mulheres reduzia-se à crença de que, ao se outorgar às mulheres os mesmos direitos de que gozam os homens e, ao garantir-lhes uma proteção especial nas situações ligadas à sua função reprodutora, estar-se-ia eliminando a discriminação sexual. Ou seja, em tudo que não diga respeito ao papel de reprodução da espécie, deve haver uma equivalência entre homens e mulheres. Por outro lado, sempre que a situação envolver a função reprodutora deve-se reconhecer a diferença da mulher em relação ao homem.

Nesse sentido, acrescenta a autora que esta maneira de conceber a igualdade garante que sejam concedidos plenos direitos às mulheres apenas e na medida em que sejam semelhantes aos homens, ao passo que serão tratadas desigualmente em todas as dimensões em que deles se diferenciem. Ou seja, o mandamento legal de tratamento igualitário perante a lei tem sido interpretado no sentido de tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais. Assim, conclui Montejo, no que toca aos direitos civis, políticos, etc., as mulheres recebem o mesmo tratamento previsto aos homens. Já no que diz respeito aos direitos econômicos, trabalhistas, e de família as mulheres recebem um tratamento desigual por serem biologicamente diferentes do modelo de ser humano, que é o homem. Esses dois modos de agir da lei são justificados pelo princípio de tratar igualmente os iguais, e diferentemente os desiguais³⁵.

O problema de vincular a aplicação do princípio jurídico da igualdade às semelhanças ou diferenças existentes entre os indivíduos é que o sexo é precisamente isto: o que diferencia os homens das mulheres, e as mulheres dos homens. Os dois pontos de referência são igualmente relevantes, de forma que sexo não é apenas o que distingue a mulher com relação ao homem, mas, sim, o que os distingue reciprocamente. Ao desconsiderar isso, a teoria jurídica criou, na opinião de Montejo, uma verdadeira impossibilidade de igualdade entre homens e mulheres, já que o conceito de sexo

³⁴ MONTEJO, Alda Facio. *Op. Cit.*, p. 18.

³⁵ MONTEJO, Alda Facio. *Op. cit.*, p. 18-19.

pressupõe uma diferença mútua que nunca poderá ser superada, e que será sempre fundamento para o tratamento discriminatório³⁶.

Como o patriarcado definiu os homens como paradigma do ser humano, as leis sempre os consideraram como modelo, de forma que elas serão consideradas neutras, genéricas ou iguais quando tratarem de situações em que o ser feminino corresponda ao ser masculino. Mas quando, ao contrário, não houver essa correspondência, proclamar-se-ão leis “especiais”, para acolher as diferenças femininas. Assim, permanecem os homens como paradigma, sejam as leis “neutras” ou de “proteção especial”.

O conceito de discriminação contra a mulher trazido pela CEDAW, todavia, reformula essa noção, afirmando que a igualdade jurídica entre os homens e as mulheres não se reduz a um problema de semelhanças ou diferenças entre os sexos. A Convenção propõe que mulheres e homens são igualmente diferentes e que o tratamento igualitário não está em tratar a mulher como o homem, mas em reconhecer que será discriminatório todo tratamento que tenha por resultado a desigualdade³⁷.

A CEDAW foi ratificada por 186 Estados-partes³⁸. Apesar do alto número de adesões, observa Flávia Piovesan que a Convenção “enfrenta o paradoxo de ser o instrumento que recebeu o maior número de reservas formulada pelos Estados, dentre os tratados internacionais de direitos humanos”³⁹.

A maior parte das reservas impõe óbices culturais, religiosos e legais à aplicação do artigo 16 da Convenção, que trata da igualdade entre homens e mulheres no âmbito das relações familiares⁴⁰.

³⁶ MONTEJO, Alda Facio. *Op. cit.*, p. 19.

³⁷ Conclui Montejo: “Vemos así que esta definición de la discriminación hace evidente que la aspiración debe ser la igualdad de los sexos en el goce de los derechos humanos que cada cual necesite, no el que a cada sexo se le dé un tratamiento exactamente igual. Esto presupone que los hombres y las mujeres pueden tener, y de hecho así es, distintas necesidades, pero no presupone que debido a esas diferencias, las masculinas deban ser identificadas como las necesidades de los seres humanos y las de las mujeres como las necesidades específicas de las mujeres. Es decir, que los hombres son tan diferentes y tan semejantes a nosotras las mujeres, como nosotras somos diferentes y semejantes a ellos. Ninguno de los sexos debería ser el parámetro o paradigma de lo humano porque ambos, mujeres y hombres, somos igualmente humanos”. MONTEJO, Alda Facio. *Op. cit.*, p. 20.

³⁸ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#8>. Último acesso em: 14/fev/2011.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 202.

⁴⁰ Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher: Artigo 16 – 1. Os Estados-partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão:

a) o mesmo direito de contrair matrimônio;
b) o mesmo direito de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com o livre e pleno consentimento;

Como menciona Piovesan, “isso reforça o quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e privado, que, em muitas sociedades, confina a mulher ao espaço exclusivamente doméstico da casa e da família. Vale dizer, ainda que se constate, crescentemente, a democratização do espaço público, com a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais, resta o desafio de democratização do espaço privado – cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público”⁴¹.

O Brasil ratificou a CEDAW em 1984, ocasião em que formulou reservas ao artigo 15, parágrafo 4º, artigo 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h), e artigo 29. As duas primeiras reservas foram justificadas em razão da incompatibilidade entre a Convenção e a legislação brasileira, então pautada na assimetria de direitos entre homens e mulheres. Em 1994 essas reservas foram retiradas, mantendo-se a do artigo 29, o qual trata das formas de resolução de controvérsias que possam surgir, entre dois ou mais Estados-partes, na interpretação ou aplicação da Convenção.

Em 2002, o Brasil tomou parte do Protocolo Adicional à Convenção, por meio do qual foi estabelecida a competência do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher para receber e considerar as comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, que se encontrem sob a jurisdição do Estado-parte e aleguem ser vítimas de violação de quaisquer dos direitos estabelecidos na Convenção por aquele Estado-parte.

-
- c) os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução;
 - d) os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial;
 - e) os mesmos direitos de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer esses direitos;
 - f) os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos, quando esses conceitos existirem na legislação nacional. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial;
 - g) os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direitos de escolher sobrenome, profissão e ocupação;
 - h) os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 203.

4.4 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A CEDAW não tratou expressamente da questão da violência de gênero, ainda que esta, conforme a própria definição proposta, constitua uma forma de discriminação contra a mulher.

Sobre esse tema, em 1993, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, que em seu artigo 1 proclama que constitui violência contra a mulher “qualquer ato de violência baseado no gênero que resulte, ou possa resultar, em dano físico, sexual ou psicológico ou em sofrimento para a mulher, inclusive ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, podendo ocorrer na esfera pública ou na esfera privada”.

Como menciona Piovesan, a Declaração concebe a violência contra a mulher como um “padrão de violência específico, baseado no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher” e inova ao reconhecer que essa forma de violência não está limitada ao âmbito público das relações, ocorrendo, também, em seu domínio privado⁴².

Além disso, em seu artigo 4, a Declaração nega aos Estados o direito de evocar qualquer tipo de consideração cultural, religiosa ou legal que justifique a violência contra a mulher, e os obriga a estabelecer políticas adequadas ao combate e eliminação desse tipo de violência.

No ano seguinte, em 1994, realizou-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção de Belém do Pará.

Ela reforçou as obrigações já assumidas pela CEDAW, ampliando a previsão de medidas voltadas à erradicação da violência contra a mulher, que define como sendo “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito político, como no privado”.

Dessa forma, assim como já havia feito a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, a Convenção de Belém do Pará amplia o âmbito de proteção da

⁴² PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 206.

mulher, invadindo o espaço das relações privadas para alcançar toda sorte de violência baseada no gênero⁴³.

Assim como a CEDAW, a Convenção em comento prescreve mecanismos objetivos que devem ser adotados e aplicados pelos Estados-partes para reverter a desvantagem que marca as condições das mulheres no contexto social, em comparação aos homens. Dessa forma, os Estados-partes assumiram o compromisso de adotar políticas voltadas a prevenir, punir e erradicar a violência⁴⁴, entre as quais foram fixadas algumas que influenciarão sobremaneira as alterações legislativas que se sucederam no campo penal e processual penal, e que mais adiante serão analisadas.

Oportuno mencionar que a Convenção de Belém do Pará previu, em seu artigo 12, um procedimento mediante o qual “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação do artigo 7º da presente Convenção pelo Estado-parte”.

O Brasil ratificou a Convenção em 27 de novembro de 1995.

Em 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia, apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes, em conjunto com o Centro pela Justiça e

⁴³ Nesse sentido, o artigo 2º da Convenção de Belém do Pará define que a violência contra a mulher pode ocorrer: a) dentro da família, ou unidade doméstica, ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher; b) na comunidade e que tenha sido perpetrada por qualquer pessoa e c) onde quer que ocorra e que tenha sido perpetrada ou tolerada pelo Estado e seus agentes.

⁴⁴ Nesse sentido, estabelece o artigo 7º da Convenção de Belém do Pará:

Os Estados-partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação;
- b. atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra a sua integridade ou prejudique sua propriedade;
- e. tomar as medidas apropriadas, incluindo medidas do tipo legislativo, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência ou a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida à violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos;
- g. estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher, objeto da violência, tenha acesso efetivo a ressarcimento, reparação do dano ou outros meios de compensação justos e eficazes.
- h. adotar as disposições legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para efetivar esta Convenção.

pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), reportando os episódios de violência doméstica dos quais Maria da Penha foi vítima, bem como acusando o Estado Brasileiro de tolerância com a violência cometida contra a vítima, na medida em que, decorridos mais de 15 anos dos fatos, ainda não fora tomada nenhuma providência para punir o agressor, seu ex-marido.

Cumprir registrar a conclusão a que chegou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso:

1. Que tem competência para conhecer deste caso e que a petição é admissível em conformidade com os artigos 46.2,c e 47 da Convenção Americana e com o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará, com respeito a violações dos direitos e deveres estabelecidos nos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos, 8 (Garantias judiciais), 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.
2. Que, com fundamento nos fatos não controvertidos e na análise acima exposta, a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil.
3. Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher.
4. Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida.⁴⁵

⁴⁵ Relatório do caso 12.051, de 04 de abril de 2001, emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Último acesso em: 16/fev/2011.

A posterior Lei Maria da Penha é típico exemplo do esforço do Estado Brasileiro em se adequar às exigências advindas do contexto internacional.

4.5 A IGUALDADE ENTRE OS SEXOS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 respondeu com maestria à nova sistemática dos direitos humanos fundamentais que se instaurara em meados do século XX. Seguindo esse mesmo rumo, a dimensão material do princípio da igualdade foi incorporada à ordem constitucional e alçada a objetivo fundamental da República⁴⁶.

Carmen Lúcia Antunes Rocha menciona que “o constituinte pátrio de 87/88 fez emergir, com peculiar força jurídica, no sistema constitucional por ele promulgado, o princípio da igualdade como um dos pilares mestres do edifício fundamental do Direito Positivo pátrio. Mas não apenas ali se reiterou o princípio da igualdade jurídica, senão que se refez o seu paradigma, o seu conteúdo se renovou e se tingiu de novas cores, tomou novas formas, construiu-se, constitucionalmente, de modo inédito”. Conforme a autora, “a passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patenteada em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988”⁴⁷.

Além da influência do contexto internacional, a Constituição de 1988 é resultado do processo de democratização do Estado Brasileiro, depois de mais de vinte anos de regime ditatorial.

Em meados da década de 1980, em plena fase de redemocratização, o movimento feminista brasileiro se articulou com o propósito de fundar um órgão representativo dos direitos das mulheres junto ao governo federal. O resultado foi a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, instituído pela Lei nº 7.353/85, cujo artigo 1º proclama que “fica criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM, com a finalidade de promover em âmbito nacional, políticas que visem a eliminar a discriminação da

⁴⁶ Dispõe o artigo 3º da Constituição do Brasil de 1988:

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁴⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 288.

mulher, assegurando-lhe condições de liberdade e de igualdade de direitos, bem como sua plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do País”.

O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, articulado com diversos núcleos do movimento feminista nacional, empenhou-se para conscientizar a sociedade civil e a Assembleia Constituinte, acerca dos direitos da mulher, que precisavam restar assegurados pela nova Constituição.

Com o lema “*Constituinte Para Valer tem que ter Palavra de Mulher e Constituinte para Valer tem que ter Direitos da Mulher*”, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher organizou, em 1986, um grande encontro de mulheres em Brasília, ao final do qual foi elaborada a “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, com a somatória das propostas e reivindicações que deveriam ser acolhidas pelo novo texto constitucional.

Como nos relata Cíntia Regina Béo, “durante os trabalhos da Assembléia Constituinte de 1988, foi muito atuante junto aos constituintes e à opinião pública, o chamado ‘*lobby do batom*’, que tinha como objetivo fazer com que houvesse um reconhecimento constitucional da igualdade entre homens e mulheres e de instrumentos capazes de assegurar esta igualdade futuramente, já que a mera declaração constitucional não teria o condão de alterar a realidade e as barreiras sociais impostas à mulher”⁴⁸.

Béo conclui que a maior parte das reivindicações feministas foi atendida pela Assembléia Constituinte, “sendo de suma importância a ruptura de paradigmas que se daria com a promulgação da Constituição Federal”⁴⁹.

Com efeito, o resultado foi a promulgação de uma das mais avançadas Constituições no tocante ao tema dos direitos e garantias fundamentais do ser humano. O Estado Brasileiro assumiu inúmeras obrigações voltadas à efetiva implementação de políticas sociais para garantir melhores condições de vida às camadas desfavorecidas socialmente. E essas obrigações foram amarradas também no âmbito internacional, de forma que “o equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna

⁴⁸ BÉO, Cíntia Regina. *A sistematização e a hermenêutica como instrumentos garantidores da efetividade dos direitos da mulher na Constituição Federal de 1988*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 85.

⁴⁹ BÉO, Cíntia Regina. *Op.cit.*, p. 92. No mesmo sentido, Ana Paula da Silva Brito Prata acrescenta que “o processo de diálogo travado entre o movimento feminista, de mulheres e o Estado, resultou em 1988, no atendimento de reivindicações feministas na Assembléia Constituinte, conhecido como o “*lobby do batom*”, introduzindo dispositivos na Carta Magna concernentes à construção da igualdade de direitos e obrigações às mulheres e aos homens; a equiparação da mulher ao homem na sociedade conjugal em direitos e deveres; da proteção da mulher no trabalho; a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações domésticas e familiares, dentre outros direitos”. PRATA, Ana Paula da Silva Brito. *Mobilizações feministas e políticas de igualdade de gênero no Brasil: um estudo da campanha da Lei Maria da Penha*. In: *Cadernos de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, n. 5, v. 5, 2008, p. 9.

serviu como medida de reforço para que a questão dos direitos humanos se impusesse como tema fundamental na agenda internacional do País”⁵⁰.

Nesse sentido, muitas das obrigações assumidas com a ratificação da CEDAW em 1984, foram corroboradas pela nova Constituição de 1988, possibilitando avanços fundamentais para os direitos da mulher brasileira.

Com efeito, a Constituição além de expressamente prever que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, fez questão de anotar no artigo 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Como menciona José Afonso da Silva, “importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é a igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens* de um lado e *mulheres* de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional”⁵¹.

Assim, a Constituição não só proclama a igualdade material entre os sexos, como proíbe específicas discriminações, ao mesmo passo em que fixa hipóteses de discriminação positiva, voltadas à proteção da mulher em situações nas quais as particularidades femininas imponham a necessidade de um tratamento exclusivo⁵².

Cíntia Regina Béo analisa a Constituição de 1988 e observa que, considerando todos os dispositivos relacionados à mulher, é possível identificar doze eixos temáticos⁵³. São eles:

1 – Dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). Como adverte Béo, “a mulher, independentemente de sua conduta, *status social*, situação econômica ou qualquer outra condição, é destinatária desta inexorável dignidade”.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 24.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 217.

⁵² O importante aqui é observar qual o padrão de “normalidade” adotado pela Constituição de 1988 ao estabelecer essas proteções “especiais”. Nesse sentido, é oportuno citar a proposta de Alda Facio Montejo acerca do tratamento igualitário: “Propongo, por el contrario, que las mujeres no seamos definidas ni se nos otorguen o nieguen derechos en relación a nuestra correspondencia com el hombre/varón; que no caigamos bajo el patrón de la semejanza o la diferencia que define nuestra humanidad (y por ende los derechos que podamos o no gozar) de conformidad con la distancia que medie entre nosotras y el hombre/varón, sino que estemos conscientes de que tenemos necesidades e intereses que pueden o no coincidir con de los hombres/varones pero que en cualquier caso, son necesidades e intereses tan específicos a nuestro sexo y nuestra humanidad, como los intereses y necesidades del sexo masculino son específicos a su sexo y humanidad”. MONTEJO, Alda Facio. *Op. cit.*, p. 19.

⁵³ BÉO, Cíntia Regina. *Op.cit.*, p. 94.

2 – Igualdade em seu caráter genérico (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal). Como menciona a citada autora, “a proibição de discriminação e a proteção formal pela garantia de que todos são iguais perante a lei contribui para a formação de um sistema de direitos da mulher, na medida em que veda o tratamento privilegiado do homem”. Todavia, como já visto anteriormente, a igualdade formal não foi suficiente para afastar a discriminação das mulheres e outras minorias, de forma que foi preciso ir além da igualdade formal, como, aliás, demonstram os demais eixos temáticos consignados pela Constituição de 1988.

3 – Igualdade genérica entre homens e mulheres, em direitos e deveres (artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal). Em que pese a igualdade genérica prevista pelo *caput*, do artigo 5º, da Carta Magna, a previsão expressa da igualdade entre homens e mulheres responde à antiga reivindicação feminista, fundada na lição histórica de que a mera enunciação da igualdade genérica foi sempre insuficiente para garantir a efetiva igualdade entre os sexos. “Assim, se estabelece como uma cláusula específica, com finalidade pedagógica e como vetor interpretativo das disposições constitucionais e infraconstitucionais”⁵⁴.

4 – Igualdade entre homens e mulheres em relação a direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal e outras entidades familiares (artigo 226, §§ 3º, 4º e 5º, da Constituição Federal). Esses dispositivos deixaram claro que a legislação civil então vigente não mais condizia com a realidade das mulheres e das instituições sociais de finais do século XX. A Constituição foi responsável por demarcar essa nova ordem, forçando posteriores mudanças na legislação infraconstitucional. Três marcos das relações familiares foram redefinidos: a igualdade de deveres e direitos entre homens e mulheres na sociedade conjugal, o reconhecimento do *status* de família dos núcleos monoparentais e o reconhecimento legal da união estável.

5 – Direitos da mulher relativos ao trabalho (artigo 7º, incisos XX e XXX da Constituição Federal). Observa Cíntia Béo que, “além da previsão de direitos iguais, no acesso ao trabalho, na remuneração e na ascensão profissional”, a Constituição fixou a importância do estabelecimento de medidas protetoras do mercado de trabalho da mulher, de forma a corrigir as distorções historicamente acumuladas nesse domínio.

6 – Direitos políticos (artigos 14 e 15 da Constituição Federal). Muito embora as mulheres já tivessem conquistado a igualdade de direitos políticos em relação aos homens

⁵⁴ BÉO, Cíntia Regina. *Op.cit.*, p. 95.

antes da Constituição de 1988, a realidade da sub-representação das mulheres nos cargos eletivos continua existindo. “Assim, apesar de a Constituição Federal de 1988 não fazer referências a um tratamento diverso, em razão do gênero, na questão de direitos políticos, a legislação infraconstitucional criou um sistema de cotas, a fim de efetivar a participação política já franqueada às mulheres, em claro sinal de que no campo dos direitos políticos ainda não se alcançou a efetividade desejada”⁵⁵.

7 – Igualdade entre homens e mulheres na aquisição da propriedade (artigo 183, §1º e artigo 189, parágrafo único). Como analisa Béo, ao tratar das espécies de usocapião, a Constituição reconhece “a aquisição da propriedade, isoladamente, ou em conjunto com um homem, mesmo que com esse não tenha vínculo matrimonial”, de forma que “homens e mulheres adquirem em iguais condições, pautando-se, no mais, pela proteção às entidades familiares que adquiriram o imóvel, seja para sua moradia, seja para o sustento através do cultivo da terra”⁵⁶.

8 – Direitos relativos à proteção à maternidade (artigo 6º; artigo 7º, inciso XVIII; artigo 201, inciso II; artigo 203, inciso I, todos da Constituição Federal e artigo 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). No tocante aos tratamentos diferenciados que recebem as mulheres em função da maternidade, cabe mencionar a advertência feita por Alda Montejo Facio, de que é preciso identificar todas as variáveis das situações que envolvem a discriminação por gênero, sob pena de se instituir condições prejudiciais às mulheres em outros âmbitos de suas vidas que não o da maternidade⁵⁷.

9 – Igualdade no gozo do direito à educação (artigo 206, inciso I da Constituição Federal). A Carta Magna não estabelece qualquer sorte de tratamento diferenciado entre homens e mulheres no tocante à educação, que deve ser de livre acesso a qualquer indivíduo. Exatamente por essa razão, é que Cíntia Béo afirma que se pode considerar como implicitamente admitidas as medidas necessárias a assegurar o amplo acesso da mulher à educação, fato que está longe de corresponder à realidade.

10 – Direito da mulher à aposentadoria (artigo 40, inciso III, alínea “a” e artigo 201, §7º, incisos I e II, da Constituição Federal). Esses dispositivos fixam condições diferentes

⁵⁵ BÉO, Cíntia Regina. *Op.cit.*, p. 98.

⁵⁶ BÉO, Cíntia Regina. *Op.cit.*, p. 98.

⁵⁷ “Pensemos por ejemplo, en propuestas legislativas que aumentan las licencias por maternidad sin tomar otra serie de medidas, para no afectar negativamente el acceso de la mujer al mercado laboral. Este tipo de medidas es insensibles al género, porque aunque la legislación está otorgando un derecho muy necesitado por las mujeres, al no tomar en cuenta la estructuración de género que tiene el mercado laboral también le está causando un perjuicio al dificultarle el acceso a un empleo”. MONTEJO, Alda Facio. *Op. cit.*, p. 88.

para os homens e mulheres obterem a aposentadoria, exigindo destas cinco anos a menos de contribuição ou cinco anos a menos de idade do que os homens para que lhes seja garantida a aposentadoria, diferença que geralmente é motivada pelos anos de trabalhos domésticos que recaem quase que exclusivamente sobre as mulheres, as quais se dedicam a jornadas duplas de trabalho, em casa e fora dela⁵⁸.

11 – Direito da mulher à participação nos quadros militares (artigo 143, §2º, da Constituição Federal). As mulheres não estão obrigadas a prestar o serviço militar obrigatório em tempo de paz. São livres, contudo, para ingressar nas Forças Armadas por vontade própria. Tal tratamento protetor é passível de críticas na medida em que, sendo o serviço militar “um dever para com a pátria, a mulher deveria ser submetida da mesma forma que o homem, e, de acordo com suas aptidões pessoais, treinada, podendo ser de muita valia”⁵⁹.

12 – Proteção contra a violência doméstica (artigo 226, §8º, da Constituição Federal). Esse dispositivo determina que o Estado criará mecanismos para coibir a violência doméstica sem, contudo, fazer qualquer menção à questão de gênero. Cíntia Regina Béo ressalva que, a despeito de homens e mulheres poderem, igualmente, ser vítimas e agressores, fazendo sentido a previsão neutra desse dispositivo constitucional, “o destinatário precípua desta previsão é a mulher; por simples questão histórico-cultural vez que a mulher é vítima, com frequência, de violência praticada por seu próprio esposo ou companheiro, razão pela qual, a proteção contra a violência doméstica é vista como uma conquista feminina”. Para demonstrar seu argumento, cita a Lei nº 11.340/06, cujo artigo 1º fundamenta os dispositivos da Lei Maria da Penha no próprio artigo 226, §8º, da Constituição Federal⁶⁰.

⁵⁸ Observa Cíntia Regina Béo que tal questão, atualmente, “não se apresenta pacífica, há pressões no sentido que a mulher e o homem contribuem igualmente, que a expectativa da mulher é maior, entre outros argumentos. Ainda assim, mesmo após os dispositivos atinentes à previdência terem sofrido várias modificações, a diferença persiste no texto constitucional”. BÉO, Cíntia Regina. *Op. cit.*, p. 100.

⁵⁹ BÉO, Cíntia Regina. *Op.cit.*, p. 101.

⁶⁰ Em que pese os inúmeros avanços entabulados pela Constituição Federal de 1988, Cíntia Regina Béo acaba por concluir que “os direitos da mulher, sob a égide da Constituição Federal de 1988, ainda não lograram um nível ao menos satisfatório de efetivação. Se em muitas áreas houve avanços, inegavelmente, por outro lado, ainda a mulher se encontra alijada do processo político decisório. Inseriu-se no mercado de trabalho, mas possui pior remuneração e maior dificuldade de acesso aos cargos mais elevados e de melhor remuneração, mesmo tendo conseguido se qualificar melhor no campo educacional. Mesmo desempenhando mais funções remuneradas fora do lar, ainda é muito dependente da renda familiar do sexo masculino, seja o pai, o esposo, ou o companheiro. Sofre com a discriminação da maternidade, sem que se atente que esta é uma função social e que os prejuízos no desenvolvimento da mulher são prejuízos para a sociedade. Não possui um atendimento de saúde que leve em consideração suas peculiaridades, sobretudo na gestação. É responsável, em grande parte, pelas tarefas domésticas, acumulando-se suas responsabilidades e repetindo-se um papel estereotipado da figura feminina. O sistema educacional, apesar da boa inserção feminina, ainda não está preparado para deixar de repetir os papéis estereotipados da mulher, alimentando um círculo vicioso

Pois bem. Fixados esses eixos da igualdade entre homens e mulheres na Constituição, teve início um longo e lento processo de adequação da legislação ordinária à nova ordem Constitucional.

No presente trabalho, o foco dessas alterações legislativas recairá sobre aquelas ocorridas no âmbito do direito penal.

4.6 AÇÕES AFIRMATIVAS

A noção corrente de ação afirmativa surgiu nos Estados Unidos, na década de 1960, vinculada às políticas para inclusão das minorias, especialmente, dos negros. Em 1965, uma ordem executiva federal foi editada naquele país obrigando as empresas que tivessem estabelecido contratos com o governo a executar programas de ações positivas voltadas ao favorecimento de minorias, sob pena de não formalização do contrato.

A ação afirmativa surge do reconhecimento de que determinados grupos de pessoas, em função de raça, gênero, etnia, religião, classe social, idade, nacionalidade, regionalismos, etc., são vítimas de preconceitos e discriminações historicamente acumulados, de tal forma que essas pessoas são prejudicadas na disputa pelas melhores condições de vida e oportunidades de realização pessoal.

Dessa forma, em atenção ao aspecto substantivo do princípio da igualdade, cumpre ao Estado impor aos seus órgãos e às entidades privadas, que também podem fazê-lo independentemente da ordem estatal, o cumprimento de medidas que neutralizem essa posição desvantajosa, de origens históricas, a fim de que as minorias possam se lançar do mesmo ponto de partida que os demais na luta pelas melhores oportunidades de formação, de emprego, de cargos públicos, de realização pessoal, de atendimento às necessidades vitais.

Se o princípio da igualdade formal impõe que todos sejam tratados sem discriminações, a faceta material desse princípio obriga que os desiguais recebam tratamento diferenciado, para que possam atingir a mesma posição daqueles poupados e beneficiados pela história. Nesse sentido, o Estado não só promove ações afirmativas, como também ele próprio institui tratamentos discriminatórios positivos em favor das

que lhe imputará a responsabilidade por tarefas do lar, perpetrando a dupla jornada e diminuindo suas chances no mercado de trabalho”. BÉO, Cíntia Regina. *Op. cit.*, p. 209.

minorias, (por isso, as ações afirmativas são também chamadas discriminações positivas⁶¹), ou seja, o Estado impõe que, em determinados contextos, elas sejam tratadas de forma privilegiada em relação ao restante da sociedade, para compensar o preconceito e a discriminação de que normalmente são vítimas.

Vera Lúcia Carapeto Raposo conceitua as ações de discriminação positiva com “toda uma série de actuações normativas, de natureza transitória, destinadas a eliminar a discriminação ou subordinação historicamente sofridas por certo grupo (expressa na escassez da sua presença nos vários âmbitos da vida social, política e econômica), concedendo-lhe um tratamento mais favorável do que o conferido às demais pessoas. [...] É certo que existe aqui uma diferenciação, mas ao serviço da igualdade, compreendida em sentido substancial. Igualdade esta que pode ser concretizada mediante medidas destinadas à eliminação de obstáculos fácticos à igualdade de oportunidades (igualdade à partida) e/ou medidas dirigidas à instauração de uma igualdade de resultados (igualdade à chegada)”⁶².

Carmen Lúcia Antunes Rocha define as ações afirmativas como uma “forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante na sociedade. Por esta *desigualação positiva* promove-se a *igualação jurídica* efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A *ação afirmativa* é, então, uma forma jurídica para se superar o isolacionismo ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”⁶³.

No mesmo sentido das definições anteriores, Leila Pinheiro Bellintani assevera que “as ações afirmativas são definidas como mecanismos legais temporários, que têm por escopo fomentar a igualdade substancial entre os membros da comunidade que foram socialmente preteridos, valendo-se, para tanto, da possibilidade de inserir discriminações positivas, no sentido de tratar desigualmente os desiguais, para que estes possam alcançar o mesmo nível, patamar ou *status* social que os demais membros da comunidade”⁶⁴.

As medidas de ação afirmativa podem ter dois objetivos: a igualdade de oportunidades ou a igualdade de resultados. Pelas primeiras, são garantidas às minorias

⁶¹ As expressões “ação afirmativa” e “discriminação positiva” podem ser compreendidas como sinônimas ou como gênero e espécie, respectivamente. Para uma análise mais profunda, consultar Leila Pinheiro Bellintani e Vera Lúcia Carapeto Raposo. BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Op. cit.*, p. 52. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 304.

⁶² RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 306.

⁶³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 286.

⁶⁴ BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Op. cit.*, p. 47.

iguais condições para concorrerem aos bens escassos da vida; pelas últimas, a ação afirmativa recai em um estágio posterior desse processo de competição, ou seja, já no momento de obter o resultado, através da reserva de parte desses bens aos indivíduos pertencentes a grupos historicamente discriminados⁶⁵.

Nesse diapasão, Leila Pinheiro Bellintani divide as ações afirmativas em dois tipos: “as que visam eliminar os obstáculos fáticos que impedem a igualdade de oportunidades (igualdade na partida); as que buscam garantir uma igualdade de resultados (igualdade na chegada)”.

Existem diversas espécies de ações afirmativas⁶⁶. A maioria delas age no sentido de garantir a igualdade de oportunidades. O sistema de quotas, ao contrário, busca a igualdade de resultados e, além de ser a ação afirmativa mais conhecida, é também a mais radical.

Segundo Raposo, “fala-se em quotas quando se reserva certo número ou percentagem de lugares a pessoas pertencentes a determinado grupo, independentemente dos seus méritos pessoais, classificando-as acima daqueles que acederiam mediante os mecanismos normais de acesso ao lugar”⁶⁷.

Carmen Lúcia observa que um percentual mínimo garantidor da presença das minorias é fixado “com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas, ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, estudar, a se divertir, etc., com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos, etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem”⁶⁸.

Ou seja, por meio das quotas, as pessoas que pertencem às minorias discriminadas poderão ocupar um percentual mínimo de vagas e cargos, em instituições privadas ou públicas, independentemente do mérito próprio, mas em função do pertencimento a esse grupo historicamente desprivilegiado. A igualdade de partida não é relevante. Distribui-se o resultado, agilizando o processo da igualdade material, como forma de disseminar a experiência da diversidade e, assim, dissolver os preconceitos e reforçar a tolerância.

As políticas de quotas costumam despertar muitas críticas. Alguns alegam, principalmente, a violação do princípio da igualdade. Outros afirmam que a artificialidade

⁶⁵ BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Op. cit.*, p. 57.

⁶⁶ Raposo menciona as seguintes ações afirmativas, além das quotas: *plus-factor*, *goals*, tratamento preferencial. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 316. Bellintani enumera além dessas: oferta de treinamentos especiais e incentivos fiscais. BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Op. cit.*, p. 70.

⁶⁷ RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *Op. cit.*, p. 320.

⁶⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 286.

das quotas não contribui para a efetiva transformação social, tornando as minorias dependentes desse tipo de ação afirmativa. Há, ademais, quem se posicione contra algumas quotas, mas não todas, em clara manifestação de que o preconceito contra específicos grupos continua a existir.

A Constituição Federal de 1988, como já analisado, elegeu como objetivo da República a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos⁶⁹. A igualdade material entre homens e mulheres também é afirmada em vários dispositivos constitucionais, existindo artigos que preveem expressamente o tratamento diferenciado da mulher, bem como a execução de medidas voltadas a compensar as desigualdades históricas que sempre favoreceram exclusivamente os homens.

A CEDAW, que foi devidamente integrada ao ordenamento jurídico brasileiro, prevê a possibilidade de os Estados executarem ações afirmativas temporárias destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher.

Apesar disso, as políticas de quotas e, de forma geral, as medidas de discriminação positiva voltadas a beneficiar as mulheres encontram grande resistência na sociedade brasileira. Um exemplo analisado por Carmen Lúcia Antunes Rocha é a previsão trazida pela Lei nº 9.100/1995, que em seu artigo 11, parágrafo 3º estabelece que “vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres”.

Como observa a autora, o fundamento dessas quotas em nada difere daqueles em que basearam as discriminações positivas estabelecidas em favor de portadores de deficiência, índios ou pequenas empresas. O espaço político foi historicamente negado à mulher, como reflexo de absoluto preconceito e desconsideração social. Por essa razão, não apenas no Brasil, mas em diversos outros países, foram adotadas quotas que garantem sua integração ao espaço político, aumentando a representação das mulheres nos partidos e, conseqüentemente, nos governos.

Conclui Carmen Lúcia que “o *assombro admirativo* com que reagiram os homens apenas demonstra, inequivocadamente, o preconceito que continua a prevalecer na sociedade em relação à mulher, e assim, a necessidade de se aplicar o princípio da

⁶⁹ Carmen Lúcia Antunes Rocha, ao analisar o artigo 3º da Constituição de 1988 avalia: “Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional”. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 289.

igualdade com mais democracia e justiça do que a concepção tradicional, acanhada e formal, fazia nele conter”⁷⁰.

Contudo, as críticas à quota mínima, expressamente destinada às mulheres nos partidos políticos pela Lei nº 9.100/95, fizeram com que, na posterior Lei nº 9.504/97, a discriminação positiva fosse neutralizada pela previsão de uma quota mínima e máxima para ambos os sexos⁷¹, como se fosse natural conceber que, nos dias de hoje, as mulheres consigam preencher setenta por cento das vagas dos partidos, e os homens apenas trinta por cento.

A discriminação positiva, nos moldes como previra a Lei nº 9.100/95, era legítima e constitucional, mas seus termos não foram aceitos pela sociedade que, ao menos quanto às mulheres, resiste em promover as necessárias discriminações positivas.

Nesse sentido, a opinião de Leila Pinheiro Bellintani, para quem “esse mecanismo se justificaria, pois, apesar de homens e mulheres serem naturalmente iguais e, na atualidade, possuem basicamente as mesmas oportunidades, a participação política passiva das mulheres é extremamente reduzida em função de um preconceito existente no seio da sociedade brasileira, em muito, devido à histórica subordinação e submissão ao sexo masculino. Com vistas, portanto, a efetivar o princípio da igualdade, essa medida seria não só constitucional, como também necessária, adequada e proporcional para estabelecer uma igualdade real entre os sexos no domínio político”⁷².

As ações afirmativas em favor das mulheres, muito embora sejam relevantes no âmbito dos direitos políticos, não se resumem a eles. Como foi analisado, a própria Constituição de 1988 destaca que serão adotadas medidas para favorecer as mulheres no mercado de trabalho, na educação e na saúde. São, contudo, as discriminações positivas introduzidas no âmbito do direito penal que interessam ao presente trabalho.

A pergunta a ser colocada é se o direito penal, ao prever a discriminação positiva da mulher, como, por exemplo, no caso da Lei Maria da Penha, estaria atuando no contexto de uma política de ação afirmativa, de paternalismo estatal ou se, na verdade, não estaria atendendo a outro tipo de influência, verificada no contexto do expansionismo do direito penal, que assume contornos marcadamente simbólicos.

⁷⁰ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 294.

⁷¹ A Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 prevê em seu artigo 10, parágrafo 3º, com a redação dada pela Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.”

⁷² BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Op. cit.*, p. 75.

Essa pergunta será confrontada ao se proceder à análise das alterações legislativas que nos últimos anos foram verificadas no direito penal brasileiro.

4.7 PATERNALISMO LEGAL

A noção de paternalismo está ligada à imagem do pai, que protege a criança contra riscos causados por ela ou por terceiros, na medida em que a criança não consegue fazê-lo por si.

O Estado pode atuar imbuído dessa determinação paternalista e, dependendo do destinatário que pretende proteger, sua atuação adquirirá uma conotação censurável ou não.

Assim, percebe-se que o paternalismo do Estado voltado a proteger pessoas efetivamente vulneráveis no contexto das relações sociais é normalmente admitido sem maiores contestações, mas pode ser desvirtuado quando o Estado resolve limitar a autodeterminação de indivíduos adultos e plenamente capazes, desconsiderando as suas escolhas íntimas.

Por isso, Joel Feinberg divide em duas classes a noção de paternalismo. Na primeira, encontra-se o “paternalismo presumivelmente censurável”, que trata os adultos como se crianças fossem, ou as crianças mais velhas, como se fossem mais novas do que realmente são, forçando-os a agir ou deixar de agir em determinado contexto considerado perigoso, mesmo contra a vontade da pessoa. Na segunda classe estaria o “paternalismo presumivelmente não censurável”, voltado a proteger os indivíduos desamparados e vulneráveis contra danos que possam ser causados por terceiros, nas hipóteses em que as pessoas protegidas não tenham consentido com a criação do risco⁷³.

Segundo Feinberg, o “paternalismo presumivelmente não censurável” decorre da doutrina do *parens patriae*, formulada pelo Direito Anglo-Americano, e que atribui ao Estado o dever de proteger os menores, os vulneráveis e os legalmente incapazes, não

⁷³ FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1986, v. 3, p. 5.

apenas de danos que possam ser causados por terceiros, como também daqueles provocados por eles próprios⁷⁴.

Quanto ao “paternalismo presumivelmente censurável”, Feinberg ainda o classifica em dois tipos: o “paternalismo benevolente”, cujo fundamento é o bem da própria pessoa que tem sua autonomia limitada, e o “paternalismo não benevolente”, que seria a espécie mais reprovável de paternalismo, na medida em que é aplicado não em benefício daquele que sofre a coação estatal, mas no interesse arbitrário de terceiros ou mesmo do Estado.

No âmbito do presente estudo, maior ênfase deve ser dada à dimensão do paternalismo que fundamenta a criação de leis penais, impondo de forma coercitiva a obrigação de fazer ou deixar de fazer algo que implique risco ou dano, os quais foram consentidos de forma livre e consciente por indivíduo capaz de compreender a dimensão e o resultado de seu comportamento ou de terceiros.

Trata-se, segundo a classificação de Feinberg, do “paternalismo presumivelmente censurável benevolente”. Dentre as leis penais que decorrem dessa modalidade de paternalismo é importante estabelecer uma diferenciação entre aquelas leis paternalistas voltadas a limitar diretamente a autonomia do indivíduo (paternalismo direto), e aquelas outras que restringem a liberdade de um terceiro, cuja conduta causaria um risco consentido pelo sujeito que o Estado pretende proteger (paternalismo indireto)⁷⁵.

O paternalismo direto reflete-se, por exemplo, no artigo 16 da Lei Maria da Penha, que, nas ações públicas condicionadas à representação, proíbe a mulher de renunciar à representação depois do recebimento da denúncia.

Quanto à Lei nº 11.340/2006, Renato de Mello Jorge Silveira destaca o retrocesso que pode significar o tratamento discriminatório promovido pela lei em favor da mulher, na medida em que “mais do que ação afirmativa, isso reflete, mesmo, grau de velha questão acerca do chamado paternalismo legal e do moralismo”⁷⁶.

⁷⁴ “...the state invokes the doctrine of *parens patriae* to protect helpless persons from harm at the hands of other persons and from other external dangers. Children, for example, sometimes need protection from *their own parents*, and the state as kind of “parent of last resort” is ultimately the sole source of such protection. Similarly, mentally disordered adults who are so deranged they are unable to seek treatment for themselves are entitled by the doctrine of *parens patriae* to psychiatric care under the auspices of the state, and other classes of helpless adults, those in their dotage and the physically handicapped poor, are also entitled to care and protection”. FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, p. 6.

⁷⁵ Exemplos clássicos do paternalismo direto citados por Feinberg são as leis que proíbem o suicídio, a automutilação ou o uso de drogas. As leis que proíbem a eutanásia, o duelo ou a venda de drogas exemplificam o paternalismo indireto. FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, p. 9.

⁷⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal?* Boletim IBCCRIM nº 166, v. 14, 2006, p. 7-8.

O paternalismo indireto, por sua vez, é marcante nos crimes previstos no Capítulo V, do Código Penal, que trata do lenocínio e do tráfico de pessoa para o fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. Como será visto em momento oportuno, apesar de a prostituição não ser proibida, o legislador restringe a autonomia daquele que se prostitui por meio da incriminação de terceiros.

Nesse sentido, Heloisa Estellita, comentando o crime de rufianismo, menciona que “muito embora se possa identificar seu tom moralista já de saída, há também um fundamento paternalista na medida em que se busca impedir que a prostituta possa ter um “gerente”, ou de contratar alguém para lhe selecionar ou arrumar clientes que sejam confiáveis, por exemplo. A idéia implícita é a de que como a prostituição é ruim (fundamento moralista), proibir alguém de ter lucro com ela é uma forma de impedir que alguém se torne uma prostituta, o que é melhor para esta pessoa (paternalismo indireto)”⁷⁷.

Conforme apontam esses dois autores, quando o direito penal trata da mulher, não é incomum que as noções de paternalismo e moralismo se cruzem. O paternalismo trata a mulher como criança, o moralismo rotula a mulher segundo estereótipos machistas. Como se pretende demonstrar ao final, esse cruzamento pode ser muito prejudicial à mulher.

4.8 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

A partir da década de 80 do século passado, os ordenamentos jurídicos de diversos países ocidentais passaram a sofrer significativas mudanças no âmbito do Direito Penal e Processo Penal.

Consolidou-se uma tendência de criação de novos tipos penais, agravamento daqueles tipos já existentes, recrudescimento das penas previstas e flexibilização dos princípios e dispositivos responsáveis por garantir os direitos dos acusados⁷⁸.

⁷⁷ ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCrim* nº 179, v. 15, 2007, p. 17-18.

⁷⁸ Como afirma Jesús-María Silva Sánchez “... não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a ‘reinterpretação’ das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos ‘bens jurídico-penais’, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo ‘expansão’.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

Entre os fundamentais princípios afetados por essa tendência de expansão do direito penal encontram-se o princípio da lesividade, que determina a criminalização de condutas que possuam potencial efetivo para causar danos à convivência social externa, e o princípio da intervenção mínima, o qual, por sua vez, implica o emprego do direito penal tão-somente nas hipóteses de comportamentos que causem grave dano aos bens jurídicos e que não possam ser satisfatória e suficientemente resolvidos por outros ramos do Direito.

Como sintetiza Renato de Mello Jorge Silveira, “o Direito Penal firma-se como *ultima ratio* da política social, devendo ceder, às outras áreas de controle, as possibilidades de resolução de contendas”⁷⁹.

O movimento de expansão do direito penal surge no contexto atual de generalização social do medo ante o delito e da demanda por mais proteção, estimuladas pelos meios de comunicação social que agem para formar uma opinião pública sobre determinado problema social, pré-definindo os contornos relevantes desse problema e as estratégias para o seu combate⁸⁰.

Normalmente, a promulgação de leis penais é apresentada como indispensável meio de solução dos problemas sociais, integrando toda sorte de programas de ação, os quais vêm sendo formulados por “grupos de pressão especializados”.

Segundo Ripollés, a atividade desses grupos “rege-se pelo desejo de resolver o problema social de acordo com seus interesses: em primeiro lugar, valem-se de seu prestígio para apropriar-se do problema, o que significa que se admite sua competência para desenvolver um programa de ação. Em seguida, costumam desenvolver atividades de provisão de informações, o que eventualmente desencadeia investigações mais detalhadas dos aspectos concretos e, em todo caso, uma organização dos resultados obtidos. A isso se seguem estudos e análises das alternativas disponíveis para a resolução do problema, utilizando especialistas, se preciso. E terminam com propostas factíveis de intervenção ou abstenção legislativa, acompanhadas ou não de medidas de outra natureza”.

Nesse contexto, o movimento feminista foi identificado como um desses grupos de pressão responsáveis por defender a expansão do direito penal, integrando o que veio a se chamar de gestores atípicos da moral. Por essa expressão, Jesús-María Sánchez afirma que são designadas as associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos, pacifistas, antidiscriminatórias e, em geral, as organizações não governamentais que

⁷⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 178.

⁸⁰ Cf. José Luis Díez Ripollés. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23 e ss.

protestam contra as violações de direitos humanos. Aduz, ainda, que todas essas associações “encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses”⁸¹.

Esse fenômeno responde à identificação das teorias de esquerda com o pensamento de que as minorias também são portadoras de direitos legítimos sobre bens jurídicos que vêm sendo violados pela nova criminalidade, de forma que desde essa posição de vítimas, reclamam por maior proteção do Estado⁸².

Nesse sentido, o movimento feminista oficial empenhou-se por defender intervenções sobretudo no âmbito do Direito Penal sexual e da violência doméstica, intervenções essas que não mais pretendiam apenas a neutralidade de tratamento entre os sexos (como ocorrera na década de setenta do século XX), mas, em alguns casos, chegavam a defender um Direito Penal de gênero que estabelecesse claras discriminações positivas em favor das mulheres⁸³.

Assim, percebe-se que o movimento feminista passou a ansiar pela intervenção Estatal por meio do Direito Penal, compactuando de forma paradoxal com um dos principais mecanismos de controle formal das mulheres⁸⁴. Por essa razão, a associação entre feminismo e Direito Penal não é incontroversa, mesmo entre as feministas.

Entre os argumentos a favor da intervenção penal encontra-se, em primeiro lugar, o poder simbólico da criminalização de condutas. Com efeito, a criminalização de uma conduta acarreta a percepção social da sua gravidade, alçando esse comportamento à posição superior na hierarquia das condutas cuja reprovabilidade demanda uma reação mais severa do Estado.

Nesse sentido, Encarna Bodelón afirma que, em muitos casos, o movimento feminista tem buscado no Direito Penal seu potencial simbólico, ou seja, a sua capacidade

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 81.

⁸² Como menciona Sánchez, “aquela aliança um dia pretendida por certo marxismo, entre delinquência e proletariado, se mostra absurda”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 80.

⁸³ Nesse sentido, Silveira avalia que “após a minimização do Direito Penal sexual, inaugurada com a constatação da separação da moral e do Direito nos anos 60, há um redespertar da consideração penal sexual. Isso se dá, em grande parte, por influência dos chamados gestores atípicos da moral, os quais podem ser vistos como grupos de influência da moral coletiva. Anteriormente tidos como de origem burguesa-conservadora, hoje, e significativamente já há algum tempo, mostram-se muito mais afetos a associações várias, como as feministas e as de defesas de menores”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.*, p. 319.

⁸⁴ “Parece haber una contradicción entre estas funciones que, según se ha afirmado, desempeña el derecho penal y el hecho de que el propio movimiento de mujeres lo utilice como instrumento de sus reivindicaciones, puesto que el derecho penal es utilizado como medio de control social respecto de las mujeres, reforzando la creación de un determinado significado y función de lo femenino”. BERGALLI, Roberto; BODELÓN, Encarna. La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo IX, 1992, p. 59.

de tornar certas situações reconhecíveis como problemáticas. O objetivo fundamental do feminismo oficial tem sido tornar conscientes não só as mulheres, como também toda a sociedade, da importância do fenômeno da violência sexual, da violência doméstica, da violência de gênero, provocando, assim, seu rechaço social⁸⁵.

Vera Regina Pereira de Andrade assevera, no mesmo diapasão, que os movimentos feministas alegam que não estão particularmente interessados na punição dos agressores, mas, com maior ênfase, buscam o Direito Penal como meio declaratório de que os comportamentos violentos que vitimam as mulheres são tão importantes quanto aqueles referentes aos homens, ou seja, “o que se busca com a criminalização destas condutas é, em primeiro lugar, a discussão e conscientização públicas acerca do caráter nocivo delas e, a seguir, a mudança da percepção pública a respeito”⁸⁶.

A utilização do Direito Penal justificada pelo seu poder simbólico tem sido motivo de severas críticas no debate político-criminal, as quais, conforme Ripollés, acentuam que as decisões legislativas criminalizadoras proferidas nesse sentido carecem de fundamentos materiais para a sua adoção e realizam o uso desvirtuado do Direito Penal, para fins que não lhe são próprios⁸⁷.

Apesar de as feministas reconhecerem que outros meios distintos do Direito Penal poderiam obter resultados até mais positivos, o que indagam é a razão pela qual justamente o movimento feminista deve abrir mão da utilização do poder simbólico do Direito Penal, em nome do princípio da *ultima ratio* que, na tutela de tantos outros bens jurídicos, vem igualmente sendo ignorado⁸⁸.

Como assinala Larrauri, é preciso ocorrer uma discussão conjunta entre os progressistas (que defendem o direito penal mínimo) e as feministas, a fim de que se alcance um consenso sobre o patamar de gravidade a partir do qual determinadas condutas

⁸⁵ BODELÓN, Encarna. Relaciones peligrosas: género y derecho penal. *RBCrim*. Vol. 29, Ano 8, jan-mar, 2008, p. 237.

⁸⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? In: DORA, Denise Dourado (Coord.). *Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1997, p. 106.

⁸⁷ RIPOLLÉS, José Luis Díez. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. Ano 1, n. 0, 2004, p. 24.

⁸⁸ “Además inexacto responsabilizar al feminismo de la inflación punitiva de las últimas décadas. Dentro de los grupos progresistas también SOS Racismo, por ejemplo, recurre al derecho penal pidiendo que se castigue a quien incita al odio, a quien discrimina, a quien se beneficia del tráfico de inmigrantes, a quien contrata a un inmigrante, a quien lesiona a un inmigrante, y ello a pesar de ser plenamente conscientes de que el peso de la persecución penal suele recaer más sobre las personas pobres y excluidas que sobre los responsables de que exista la discriminación estructural. En consecuencia, todo movimiento progresista está atrapado en la misma paradoja de apelar al derecho penal para proteger a un colectivo que finalmente acabará siendo penalizado por el instrumento llamado a protegerlo”. LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 71.

devem ser incluídas no Código Penal. Enquanto não se produza essa reflexão conjunta, é inevitável que à utilização tendenciosa e parcial do princípio da *ultima ratio*, exigindo a descriminalização de algumas condutas, oponha-se a réplica “primeiro você”⁸⁹.

A autora destaca que o Direito Penal demora a incorporar as demandas de grupos com menos poder na sociedade e, além disso, não se mostra igualitário na distribuição de proteção a todos os bens jurídicos, pois a própria visibilidade destes depende do poder que detém o grupo social diretamente afetado⁹⁰.

Assim, além de conferir maior visibilidade aos problemas enfrentados pela mulher, a associação entre o movimento feminista e o Direito Penal é também considerada positiva na medida em que representa a mudança de perspectiva e postura do Estado acerca das relações privadas envolvendo a mulher.

Com efeito, até bem pouco tempo atrás, o Estado não interferia no âmbito das relações domésticas e particulares. Como assinalado por muitas feministas, o exercício do poder estatal era transferido ao homem, a quem era facultado o direito de controlar o comportamento da mulher e punir eventuais condutas consideradas inadequadas⁹¹.

⁸⁹ LARRAURI, Elena. *Op. cit.*, p. 69. Larrauri acrescenta: “El principio de ‘derecho penal mínimo’ puede ser usado de forma altamente selectiva si sólo se emplea para criticar la criminalización de algún comportamiento con el cual no se está de acuerdo. De la misma manera, apelar al ‘derecho penal mínimo’ sin hacer una reflexión de cuándo debe ser mínimo puede ser progresista y a la vez profundamente conservador. La consigna ‘derecho penal mínimo’ puede ser esgrimida contra el medio ambiente, contra Hacienda Pública o contra la seguridad de los trabajadores. Sin duda existen personas que defienden un derecho penal mínimo de forma coherente y progresista, pero creo que todos hemos oído usar este argumento de forma deslavazada”. LARRAURI, Elena. *Op. cit.*, p. 58.

⁹⁰ LARRAURI, Elena. *Op. cit.*, p. 69.

⁹¹ Kimberle Crenshaw comenta esse aspecto tradicionalmente presente na legislação norte-americana: “Tradicionalmente, nos EUA a lei não regulamentou a violência doméstica, argumentando que está é uma questão de âmbito privado, em que o Estado ‘pára em frente à porta’. A imagem do Estado parando em frente à porta é provavelmente muito responsável pela formação da idéia de violência privada, e de fato estimulou a violência por remoção das responsabilidades aos homens que a cometem. De certa forma, a lei dava uma licença a este tipo de violência, na medida em que ela dizia que a violência contra o cônjuge é algo permitido, diferente da violência cometida contra colegas, amigos e outras pessoas que não podem ser cometida. Um adendo à privatização da violência é a negação à mulher de buscar outras maneiras de auto-ajuda. Elas estão impedidas de usar qualquer meio disponível para estancar a violência. Por exemplo, as mulheres não podem usar instrumentos fatais para estancar a violência se não estiverem em meio a um combate frontal. Essa é um norma que molda seu relacionamento. Adicionam-se a isto as regras que penalizam a mulher por abandono do lar nas disputas por custódia, ou as regras que definem a custódia das crianças nos divórcios, a partir do critério de melhor situação financeira dos pais. [...] ao negar às mulheres certas opções e permitir certas liberdades aos homens, poder-se-ia afirmar que a lei contribui na estruturação do relacionamento e compartilha o peso da responsabilidade da violência doméstica”. CRENSHAW, Kimberle. A construção jurídica da igualdade e da diferença. In: DORA, Denise Dourado (Coord.). *Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1997, p. 21. Sobre um dos maiores exemplos de manifestação do poder transferido pelo Estado ao homem, Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma que “durante o século passado, e especialmente até a década de 1970, era comum e rotineira a referência à legítima defesa da honra como uma forma socialmente aceita de que dispunha o homem para defender seu patrimônio moral. A sua aceitação encontrava-se justificada na medida em que expressava os valores da sociedade de então, em que a mulher era tida praticamente como propriedade do marido, era considerada um ser inferior e subalterno ao homem, a quem devia total e irrestrita obediência”. GOMES, Mariângela Gama

Diante dessa realidade, que sustentou incontáveis injustiças, o fato de o Direito Penal começar a se imiscuir nas relações privadas representou, em certa medida, um avanço. Não mais se admite que as violências perpetradas no interior dos lares domésticos e das relações privadas permaneçam secretas e sem controle externo. A sociedade hodierna fiscaliza a atuação do Estado e não tolera qualquer tipo de pacto voltado a encobrir a violência dos homens contra as mulheres.

Dessa forma, a violência contra a mulher foi assumida como um problema social, e não mais privado.

Nesse sentido, menciona Vera Regina Pereira de Andrade, “determinados problemas até pouco definidos como privados, como a violência sexual no lar (doméstica) e no trabalho, se converteram, mediante campanhas mobilizadas pelas mulheres, em problemas públicos e alguns deles se converteram e estão se convertendo em problemas penais (crimes), mediante forte demanda (neo)criminalizadora”⁹².

Larrauri expõe que o movimento feminista argumentou enfaticamente contra a não intervenção no espaço íntimo defendida pela doutrina clássica do direito penal, que sustentava querer preservar a paz e unidade familiar. Afirmaram as feministas que no espaço íntimo, assim como no domínio público, as relações de poder manifestam-se de tal forma que a não intervenção estatal acarreta grave prejuízo aos mais vulneráveis nas relações privadas. Além disso, foi também assinalado que a delimitação do íntimo é construída fundamentalmente pelo Estado, o qual, paradoxalmente, não hesita um só momento em se intrometer em outras questões íntimas como, por exemplo, nos casos do aborto e da mulher “barriga de aluguel”⁹³.

Em que pese o início de superação da postura condescendente do Estado em relação ao patriarcalismo dominante no âmbito das relações privadas, é preciso considerar com maior empenho e profundidade os outros meios existentes de interferência estatal, além do Direito Penal⁹⁴. Isso porque os efeitos da criminalização de condutas que envolvam as relações de gênero podem trazer mais prejuízos do que vantagens às mulheres.

de Magalhães. Legítima defesa da honra. In: JÚNIOR, Miguel Reale; PASCHOAL, Janaína (Coord.). *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 267.

⁹² ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? In: DORA, Denise Dourado (Coord.). *Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1997, p. 106.

⁹³ LARRAURI, Elena. *Op. cit.*, p. 56.

⁹⁴ Como observa Larrauri, “... denunciar la importancia de un problema social y la desigualdad con que opera el sistema penal no es sinónimo de pedir más intervención penal”. LARRAURI, Elena. *Op. cit.*, p. 70. No mesmo sentido, Vera Andrade afirma “redimensionar um problema e (re)construí-lo como problema social não significa que o melhor meio de responder a ele ou solucioná-lo seja convertê-lo, quase que automaticamente, em um problema penal (crime)”. ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Op. cit.*, p. 108.

O efeito perverso da ênfase na criminalização dos fenômenos de discriminação e violência vivenciados pela mulher se reflete de diversas formas, as quais são destacadas pelas feministas que se opõem à expansão do Direito Penal de gênero:

Em primeiro lugar, costuma-se mencionar que a submissão de um problema ao sistema penal implica na redefinição de seus termos, adequando-os ao próprio sistema. Dessa forma, aquilo que antes era uma questão social de desigualdade, passa a ser um problema de controle de delito. Nessa nova sistemática, o que era compreendido pelas feministas como um fenômeno complexo de desigualdade de gênero, gerado no âmbito das relações sociais e culturais, precisa ser reduzido a um ato concreto de violência envolvendo indivíduos determinados⁹⁵.

Por outro lado, a interferência do Estado nas relações íntimas inevitavelmente implica que a mulher passe a ser percebida e tratada como vítima, como pessoa vulnerável, frágil e carente de proteção, percepção que pode ser ainda mais reforçada à medida que o Estado assuma comportamentos paternalistas, exacerbando os limites da legítima discriminação positiva.

Ainda nesse contexto, o Direito Penal duplica a violência experimentada pela vítima, na medida em que reproduz no nível das instituições públicas os preconceitos, as discriminações e os estereótipos impregnados na sociedade e nas relações íntimas. Além disso, a lógica do sistema penal, centrada no castigo, não compreende e às vezes ignora a motivação e a estratégia da mulher que denuncia seu agressor, rotulando-a como uma pessoa irracional, indecisa, covarde, interesseira, etc..

Por outro lado, as feministas ressaltam a impropriedade do Direito Penal para resolver o problema da desigualdade de gênero, já que se trata de um problema social que decorre muito mais da falta de poder e da falta de recursos, do que da falta de criminalização de condutas. Como menciona Larrauri, o Direito Penal somente pode oferecer uma ajuda secundária e pontual, o que acaba por ocasionar uma sentida frustração de expectativas em relação ao sistema penal, condicionando as reações futuras da mulher que venha a sofrer novas violências e opressões⁹⁶.

⁹⁵ “Así, por ejemplo, en el delito de violencia doméstica, desde una perspectiva feminista, lo problemático es la desigualdad sexual y las distintas expectativas asignadas a cada género, que se traducen en comportamientos de control, poder y posesión; pero el derecho penal no puede interceder en este contexto si no observa un acto concreto de violencia física o psíquica, el cual en numerosas ocasiones no se produce, o puede no ser lo más grave, a pesar de existir el comportamiento controlador y dominador, que es justamente la base realizada y criticada por las perspectivas feministas”. LARRAURI, Elena. *Op. cit.*, p. 75.

⁹⁶ LARRAURI, Elena. *Op. cit.*, p. 76.

Por fim, as feministas questionam a própria eficácia da estratégia de aumentar as penas, visto que uma maior severidade além de não implicar maior prevenção ou proteção, pode ocasionar efeitos contraproducentes, na medida em que os aplicadores do direito acabam por neutralizar em suas decisões nos casos concretos o excesso desproporcional das penas.

A partir desse cenário, cuja visualização é indispensável, o grande desafio das feministas parece ser encontrar o caminho da igualdade material sem se perder na trilha do paternalismo estatal, em direção ao qual o Direito Penal atua, muitas vezes, como um atalho.

Dessa forma, a partir da análise das alterações empreendidas no Direito Penal em resposta às demandas feministas nas últimas décadas, pretende-se demonstrar no capítulo seguinte o desencontro que pode ocorrer entre o resultado prático dessas alterações legislativas e a intenção feminista de reverter a posição social da mulher, percebida como ser fraco, frágil e inferior perante o homem.

5 INCORPORAÇÃO DO PARADIGMA DO GÊNERO AO DIREITO PENAL CODIFICADO

As diferenças de gênero sempre encontraram reflexo no Direito Penal. Mais do que isso, esse ramo do Direito vem historicamente contribuindo para a própria construção dessas diferenças, seja por meio de uma concepção da mulher como ser frágil e indefeso, que carece de proteção especial; seja por meio da criminalização de condutas que ressaltam e reforçam os diferentes estereótipos de mulher; pela punição diferenciada conforme a mulher desempenhe específicos papéis sociais; seja, ainda, pela imunização que se concede aos homens quando seus comportamentos vitimam as mulheres no contexto das relações de gênero; ou, por fim, pela criação de obstáculos à legitimação e valorização da palavra da mulher que se defronta com o sistema da justiça criminal¹.

São dois os momentos, portanto, em que se desenha a discriminação de gênero: o primeiro, de elaboração da lei penal, e o segundo, de aplicação dessa lei. Para os propósitos deste trabalho, interessa-nos a fase de criação da lei penal, ou de alteração da lei já existente. A análise que se propõe deverá identificar o processo pelo qual a incorporação do paradigma do gênero pela lei penal passou a corresponder a um instrumento de efetivação da igualdade entre homens e mulheres.

Adota-se um marco temporal específico: alterações e inovações legislativas que se deram no final do século XX. O motivo não é aleatório. Com efeito, como já anotado em outros pontos deste trabalho, o mundo ocidental viveu diversas transformações a partir da década de 1960². Em especial, destacam-se a “Revolução Sexual”, que abriu à mulher

¹ Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira observa que “a separação conceitual relativa ao masculino e feminino, de origens imemoriais, se reproduz no campo penal de forma bastante peculiar. Sob o pretexto de melhor proteger a tida frágil figura da mulher, tem sido ela, desde a antiguidade, tutelada de forma diferenciada dos homens, o que mesmo hoje é bastante criticado pela teoria feminista do Direito”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal sexual ou direito penal de gênero? In: JÚNIOR, Miguel Reale; PASCHOAL, Janaína (Coord.). *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 330.

² “... os anos 60 marcam um sucessivo período de relações críticas que abrem uma fissura no aparente monolitismo cultural e social americano. Sucedeu um período de intensas e extensas áreas de conflito, com repercussão notada em todas as áreas do conhecimento, no plano das ideologias, na esfera da cultura, no alcance das relações humanas. Vários sociólogos e historiadores tentam explicar o ocorrido naquele período. Em todas as épocas, sempre se ouvir falar em desajuste, delinquência e rebeldia. Nos anos 60 isso não poderia ser diferente. Entretanto, de braços dados com essa rebeldia, surge um potencial crítico e criativo, um idealismo marcante e abrangente, uma força transformadora como nunca na história da humanidade os jovens haviam experimentado. Essa década é marcada por um culto “científico” às drogas, pelo psicodelismo do *rock and roll*, por uma enfática resistência pacifista à Guerra do Vietnã, por uma campanha abrangente pelos direitos civis, pela luta das minorias negras, pelo fim das discriminações sexuais, pelo despertar da

novas possibilidades de atuação no contexto social³; a eclosão de uma nova e poderosa onda do movimento feminista; a nova perspectiva sobre o processo de criminalização, trazido pela criminologia crítica; a maior atenção concedida à vítima com o desenvolvimento da vitimodogmática; o Projeto Alternativo ao Código Penal alemão, que marcou o início de uma tendência à descriminalização de condutas cujo propósito não fosse outro senão a tutela da moralidade social.

No Brasil, que na década de 1960 entrava na infeliz trilha do regime ditatorial, os efeitos dessas transformações só começaram a refletir na lei penal algumas décadas mais tarde, sob os auspícios da Constituição de 1988⁴.

Como se logrará perceber, a maior parte das alterações deu-se no específico campo do Direito Penal sexual. Tal fato também não é aleatório.

Como avalia Renato de Mello Jorge Silveira, o Direito Penal sexual é o ramo que impõe as maiores distinções entre homens e mulheres frente à repressão criminal de condutas sexuais. Tal fato é uma decorrência lógica da histórica associação entre mulher e sexualidade.

“Constatado o movimento pendular de como se deu o desenvolvimento do sexo e da sexualidade no perpassar da história, o que implica a própria evolução dos direitos da mulher, vista esta como elemento de proteção (mesmo porque ela acaba por se mostrar como elemento maior do Direito Penal sexual), pode-se dizer que, afora os primeiros tempos, a história do sexo é a de sua repressão. Quando esta começou a se dissipar, a partir do

consciência estudantil que passa a conhecer seu próprio poder, por transformações existenciais que permitem aos jovens encontrarem seu próprio eu, enfim, por um fenômeno de ruptura potencializador da sociologia do conflito”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 290.

³ “Nesse cipoal transformativo, dá-se a chamada “Revolução Sexual” ocorrida nos anos 60 e 70 do século passado. Com ela, a própria família deixa de ter, como chefe único, o herdeiro do *pater familias*. A mulher assume divisão importante de poderes, além de ter, também, maiores amplitudes em seu desenvolvimento e participação sexual. Rompendo limites, a partir desse momento, percebem-se novos horizontes e liberalidades. O sexo, auxiliado pela divulgação de remédios anticoncepcionais, desgarrar-se das barreiras tradicionais, passando a fazer parte do dia-a-dia das pessoas”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op.cit.*, p. 332.

⁴ Ana Paula da Silva Brito Prata menciona que “No Brasil, a década de 1980 representa um marco para os movimentos sociais, uma vez que a Redemocratização proporcionou a abertura política a diversos grupos, como os ambientalistas e feministas. Para estas, a abertura resultou na ampliação das fronteiras dos discursos militantes firmados na igualdade e liberdade, passando à ocupação de espaços físicos por mulheres no âmbito público, por meio da inserção de ativistas nos partidos políticos, sindicatos, associações de profissionais e Conselhos Estaduais e Municipais de política para as mulheres, o que permitiu maior visibilidade para suas reivindicações”. PRATA, Ana Paula da Silva Brito. Mobilizações feministas e políticas de igualdade de gênero no Brasil: um estudo da campanha da Lei Maria da Penha. In: *Cadernos de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, n. 5, v. 5, 2008, p. 9.

terceiro quartel do século XX, ganhou capital importância a questão do estudo do gênero. (...) Ainda basilar é o rompimento da barreira diferencial de gênero. O feminismo já a critica desde os anos 60, mas se deve ter em conta que muitas são as razões para a reforma pleiteada. As implicações morais relativas aos diferentes comportamentos esperados entre homens e mulheres são patentes e não mais devem lastrear a construção penal. A chegada da humanidade em momento de superação de preconceitos e de igual tratamento entre as pessoas não mais pode se justificar ou manter. Tudo, enfim, conspira para a necessária mudança de paradigmas. O Direito Penal deve mudar, portanto, sob certa influência desse pensar”⁵.

Não foi apenas o Direito Penal sexual que sofreu modificações. Verificou-se, igualmente, a criação de leis e tipos penais voltados à questão da violência de gênero e doméstica, em resposta à crescente repercussão que muitos casos de violência têm obtido na mídia e na sociedade, conforme a intimidade dos lares domésticos vai sendo desnudada e a mulher passa a assumir novos papéis no contexto social⁶.

É evidente que o Código Penal trata de outros temas também relacionados especificamente à mulher como, por exemplo, a tipificação dos crimes de infanticídio, aborto ou parto suposto. Todavia, o presente trabalho irá se debruçar sobre os temas que, no Brasil, mais sensivelmente vêm sofrendo alterações e inovações legislativas, influenciadas, em grande medida, pelo movimento feminista.

Antes, porém, cumpre analisar algumas alterações no direito comparado que influenciaram as posteriores leis brasileiras.

⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.*, p. 101-105.

⁶ “La violencia de género ha merecido una especial atención en los últimos tiempos no sólo por la repercusión mediática de las agresiones contra las mujeres, con resultado de lesiones muy graves, o de muerte, sino por la frecuencia con que se producen y el conocimiento que la sociedad va teniendo de estos terribles actos. La violencia de género ha pasado a hacerse pública y conocida, saltando los altos muros del hogar familiar y los secretos que amparan dentro de él, para convertirse cada vez más en una execrable actuación perseguida social y jurídicamente. Las legislaciones aprobadas en los últimos tiempos sobre esta materia tienen como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su designio es el de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que su vida, su integridad física y su salud, así como su libertad y dignidad están insuficientemente protegidos. CATENA, Vitor Moreno. Prólogo. In: FÉRNÁNDEZ, Gómez Itziar. *La acción legislativa para erradicar la violencia de género en Iberoamérica. Compilación iberoamericana de leyes contra la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.10.

5.1 ALGUMAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO DIREITO ESTRANGEIRO

5.1.1 ALEMANHA

As alterações havidas na legislação penal alemã, no final da segunda metade do século XX, foram precursoras da onda de reformas que marcou o ordenamento jurídico de diversos países da Europa ocidental, como foi o caso de Espanha e Portugal.

Em meados dos anos 60, na República Federal da Alemanha, um grupo de jovens penalistas preparou um inovador projeto de reforma, que ficou conhecido como Projeto Alternativo.

Opondo-se frontalmente ao conservador Projeto de Reforma de 1962, de cunho governista, o Projeto Alternativo exalava ares liberalizantes. Foi conferida especial atenção ao âmbito do Direito Penal sexual, destacando-se propostas que buscavam abolir a tutela da moralidade pela lei penal⁷, a qual sofrera significativa expansão durante o regime nazista.

Como expõe Jürgen Louis, a doutrina penal passou a entender que o Direito Penal sexual deveria limitar-se à penalização de condutas graves e socialmente danosas, respeitando a separação entre Direito e moral⁸.

Lançado pelos reformistas em meio às transformações culturais pelas quais passavam as sociedades ocidentais, a repercussão do Projeto foi de tal forma positiva que, já em 1969, entrou em vigor a 1ª Lei de Reforma Penal e, em 1973, a 4ª Lei de Reforma Penal, ambas descriminalizando condutas relacionadas ao comportamento sexual de adultos, tais como a sodomia, o homossexualismo, o adultério ou a difusão da pornografia.

Consolidando o projeto de extirpar do Código Penal toda sorte de classificação e criminalização dos comportamentos sexuais de acordo com um referencial imposto como correto e moral, a reforma de 1973 substituiu o título da seção de “crimes contra a

⁷ Como observa Tatjana Hörnle, “The general tendency of the early reform movement can be described coherently by the word “liberalization”. Many provisions that reflected traditional morals were abolished because the offenses described were not harmful to a person”. HÖRNLE, Tatjana. Penal law and sexuality: recent reforms in german criminal law. *Buffalo Criminal Law Review* n° 3, 2000, p. 639.

⁸ LOUIS, Jürgen. Delitos contra la libertad sexual. Traducción del prof. Dr. Héctor Hernández Basualto. *Revista Penal* n° 12, 2002, p. 170.

moralidade” por “crimes contra a liberdade sexual”, adequando o texto à nova perspectiva que se alcançou acerca do bem jurídico tutelado nos crimes sexuais⁹.

Todavia, a partir da década de 1990, uma nova onda de reformas teve efeito, desta feita imprimindo uma tendência oposta à descriminalização. Depois de modificações pontuais em 1994 e 1997, uma grande revisão do Código Penal alemão ocorreu com a 6ª Lei de Reforma do Direito Penal, de 1998, definida como a “Lei de Luta contra Delitos Sexuais e outros fatos puníveis perigosos”.

Nessa década, verificou-se uma franca expansão dos tipos penais, acompanhada de sensível recrudescimento das penas.

Como avalia Tatjana Hörnle, diferentemente do que ocorreu com o movimento de reforma da década de 1960, é difícil identificar uma clara conexão entre eventuais mudanças nas concepções morais e as alterações implementadas na legislação penal a partir dessa segunda onda reformista. Na opinião da autora, os fatores sociais que teriam levado a essas mais recentes alterações são menos óbvios do que aqueles que se apresentavam no contexto da década de 1960¹⁰.

Há que se destacar que o movimento feminista muito contribuiu para este processo¹¹. Com efeito, as alterações que se deram no Direito Penal refletiram a incorporação do paradigma do gênero a esse ramo do Direito, circunstância que se impôs como necessária à efetivação do princípio da igualdade entre os sexos, muito embora não se tenha logrado contribuir para um direito menos sexista¹².

Nesse sentido, merecem ser destacadas as novas abordagens dos crimes de estupro e agressão sexual. A partir de 1997, o § 177 do Código Penal alemão foi reformulado, passando-se a considerar puníveis não apenas as condutas de estupro e agressão sexual praticadas com força e ameaça, mas também aquelas em que o agente se beneficia da

⁹ “Finalmente, la Sección 13ª recibió una redacción fundamentalmente nueva a través de la Cuarta Ley de Reforma del Derecho Penal, de 23 de noviembre de 1973 (BGBl. I 1973, 1725 y ss). Ya con la elección del Nuevo epígrafe de la sección – ‘Delitos contra la libertad sexual’ –, el legislador quiso dejar en claro que el derecho penal sexual no estaría más al servicio de la protección de un determinado orden sexual. Asimismo, se debía expresar que en lo sucesivo los delitos sexuales procurarían la protección de bienes jurídicos del individuo y no del Estado o de la comunidad”. LOUIS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 170.

¹⁰ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, p. 642.

¹¹ “After several futile attempts, the feminist critique finally gained influence in parliament and paved the way for a new definition of the conduct constituting sexual abuse and rape. The more stringent laws passed in 1998 were influenced by a markedly increased public interest in, and awareness of, sex offenses, especially offenses with child victims”. HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, p. 642.

¹² Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira observa que “esta nova onda reformista acaba, por muitos motivos, a se mostrar como uma espécie de contra-reforma, especialmente no que toca à superação de preceitos sexistas”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.*, p. 50.

posição vulnerável e indefesa na qual se encontre a vítima, incapaz ou impossibilitada de oferecer qualquer resistência¹³.

Além disso, a Reforma de 1997 também igualou as figuras do §177 e §178 do Código Penal alemão, impondo a mesma punição quer se trate de penetração oral, anal ou vaginal, assumindo, assim, que todas podem acarretar experiências igualmente degradantes às vítimas.

Dessa inovação também decorre a possibilidade de idêntica punição do estupro homossexual masculino, eliminando a diferença de tratamento que recebia o agressor quando a vítima se tratasse de um homem ou uma mulher, já que neste caso, a conduta era antes considerada passível de maior punição.

A Reforma de 1998, por sua vez, alterou as hipóteses de modalidades agravadas do estupro e da agressão sexual, exasperando as penas quando o agente se valer de arma ou outros instrumentos para submeter a vítima, causando-lhe danos à integridade física e, também, quando de sua conduta decorrer a morte da vítima.

A 6ª Lei de Reforma do Código Penal também alterou o dispositivo que tratava do crime de maus tratos, antes previsto no § 223 b e que passou para o § 225, integrando três condutas distintas: torturar, maltratar brutalmente e lesionar a saúde da vítima por incúria malévola.

Conforme expõe Catarina Sá Gomes, a vítima do crime de maus tratos será o menor de 18 anos ou a pessoa que não possa se defender por fragilidade ou doença, e que esteja sujeita ao governo da casa (*Hausstand*)¹⁴, noção que se depreende da avaliação do caso concreto, quando se poderá concluir quem exerce o poder de fato na família.

Apesar de a autora mencionar que “o crime de maus tratos conjugais está consagrado no § 225 do Código Penal alemão”¹⁵, não nos parece, contudo, que nesse tipo penal esteja prevista a tutela específica da relação entre cônjuges, na hipótese de nenhum deles configurar pessoa indefesa nos estritos termos mencionados pelo dispositivo (pessoa que não possa se defender por fragilidade ou doença).

¹³ Tatjana Hörnle não acredita que a mesma interpretação vá ser estendida pelos Tribunais alemães aos casos em que a vítima se encontra submetida ao agressor em razão de pressões sociais, como aquelas que se verificam nas relações de emprego. Nesse sentido, afirma que “most commentators reject the notion of social pressure as irrelevant and reduce the definition of “powerless position” to *physical circumstances* that limit the victim’s ability to run away or to fight the offender”. HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, p. 647.

¹⁴ GOMES, Catarina Sá. *O crime de maus tratos físicos e psíquicos infligidos ao cônjuge ou ao convivente em condições análogas às dos cônjuges*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, p. 38.

¹⁵ GOMES, Catarina Sá. *Op. cit.*, p. 37.

A seguir serão expostas as alterações legislativas havidas no Direito Penal, a partir do último quartel do século XX, em Espanha e Portugal, países com notória influência no ordenamento jurídico pátrio.

5.1.2 ESPANHA

A promulgação da Constituição Espanhola de 1978 forçou a adequação da legislação infraconstitucional à nova ordem de valores vigente. A Reforma de 1989, implementada no Código Penal de 1973, pela Lei Orgânica nº 3/1989, de 21 de junho, já representou algum avanço, mas foi com a Lei Orgânica nº 10/1995, de 23 de novembro, que uma nova ordem foi instituída, com um Código Penal inteiramente reformulado.

A própria exposição de motivos do Código Penal de 1995 menciona que se procurou avançar no caminho da igualdade real e efetiva, cumprindo a tarefa imposta pela Constituição aos poderes públicos. Apesar de expressamente reconhecer que o Código Penal não é o instrumento mais importante para levar a cabo esse tipo de missão, o legislador espanhol admitiu que a nova legislação penal poderia contribuir para a eliminação de regras que eventualmente obstaculizem o caminho da igualdade real e efetiva, ou mesmo por meio da introdução de medidas de tutela frente a situações discriminatórias¹⁶.

Foi com esse intuito que, entre outras mudanças, o Código 1995 deu nova regulação aos delitos contra a liberdade sexual, adequando os tipos penais ao bem jurídico protegido, que deixou de ser a historicamente defendida honestidade da mulher e passou a ser a liberdade sexual dos indivíduos¹⁷.

¹⁶ Nesse sentido: “los distintos Códigos penales han venido otorgando directamente a la mujer un papel tanto como víctima como sujeto activo de delito en atención a las funciones que socialmente se le tenían encomendadas, partiendo de una evidente desigualdad jurídica, en virtud de la cual, existía un halo de protección en razón de su género que servía para ultra protegerlas, pero también para ultra castigarlas en virtud de los parámetros dispuestos por el sexo masculino que definía el modelo de mujer esposa, madre o hija hacia la que dirigía su regulación. La aprobación en razón del sexo, y en su virtud se procedió a eliminar del ordenamiento jurídico los restos de aquel derecho discriminatorio, proceso que culmina con la aprobación del Código penal de 1995”. SÁNCHEZ, María Acale. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Madrid: Editorial Reus, 2006, p. 51.

¹⁷ A Exposição de Motivos do Código Penal de 1995 declara que “además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual

Na verdade, Renato de Mello Jorge Silveira observa que antes mesmo do Código de 1995, o campo do Direito Penal sexual já vinha sofrendo importantes transformações na Espanha. Com efeito, na reforma ao Código Penal de 1973, levada a efeito pela Lei Orgânica nº 3/1989, de 21 de junho, sob o influxo das crescentes críticas ao conteúdo moral então tutelado por esse campo do Direito, procedeu-se a uma nova abordagem do bem jurídico, de forma que, de crimes contra a honestidade passou-se a concebê-los como crimes contra a liberdade sexual, independentemente do sexo da vítima¹⁸.

Dessa forma, como menciona o autor, o Código de 1995 teve o grande mérito de consagrar essa mudança de perspectiva, situando em “terreno mais adequado” a garantia da liberdade do indivíduo, em termos sexuais¹⁹.

Toda sorte de discriminação em função do sexo ou orientação sexual foi eliminada do texto legal. Atendendo, inclusive, a demandas feministas²⁰, o Código de 1995 passou a admitir a configuração do delito de agressão sexual (art. 179) mesmo que esta tenha se dado por meio de atos diversos da introdução do pênis na vagina, tais como o acesso sexual por via anal ou bucal, bem como pela introdução de objetos, o mesmo ocorrendo com o delito de abuso sexual (art. 182.2).

Além disso, como sintetiza María Acale Sánchez, as discriminações em razão do sexo ou orientação sexual foram incluídas entre as formas do delito de discriminação no ambiente de trabalho; foram incorporadas ao catálogo de agravantes genéricas; passaram a tipificar o tipo penal de incitação à discriminação; o delito de violência contra grupos ou associações; bem como justificar a pena do particular encarregado de um serviço público que, em função de um desses tipos de discriminação, denegue uma prestação a quem dela tenha direito. Por fim, foram consideradas ilícitas as associações que promovam a

de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente”.

¹⁸ “No final dos anos 80, vem à tona, por sua vez, a Reforma de 1989, a qual transforma, verdadeiramente, a abordagem do bem jurídico. A partir de então, passa-se a ter como protegida a noção genérica de liberdade sexual. Estipulada a rubrica quanto aos *Delictos contra la libertad sexual*, consagra-se a noção de que a abstração deveria ceder espaço a uma concretude do bem jurídico”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.*, p. 54.

¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.*, p. 55.

²⁰ Nesse sentido, expõe María Acale Sánchez que “el código de 1995 reformó completamente los delitos contra – cada vez más claramente – la libertad sexual; en esta línea, eliminó toda clase de discriminación, admitiendo por ejemplo como constitutivo de delito de violación actos distintos a la introducción de pene en vagina, una de las reivindicaciones de algunos movimientos feministas, que resaltaban que, de otra forma, se ponía de manifiesto por un lado, la predisposición del hombre a mantener el coito siempre y en todo caso y el papel de la mujer, sumisa, inferior y llamada a oponer una resistencia brutal al acto sexual”. SANCHÉZ, María Acale. *Op. cit.*, p. 48.

discriminação, o ódio, ou a violência contra pessoas, grupos ou associações em razão de seu sexo ou orientação sexual²¹.

Seguindo a tendência que já se verificava na ordem internacional, o novo Código introduziu no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, não sem muitas críticas, a figura típica do assédio sexual (art. 184). A redação original desse artigo previa que seria punido aquele que solicitasse favores de natureza sexual a si ou a terceiro, prevalecendo-se de uma situação de superioridade laboral, docente ou análoga, com o anúncio expresso ou tácito de causar à vítima um mal no âmbito das relações de trabalho.

O fato de esse tipo penal trazer em si condutas já abarcadas pelo crime de ameaça, apenas especificando determinadas circunstâncias decorrentes da relação hierárquica entre autor e vítima, gerou muitas críticas. Além disso, a conduta com conteúdo sexual configurava uma condição ilícita para afastar a promessa de um mal, que por si, não é delitivo. Assim, como analisa María Viviana Caruso Fontán, a conotação sexual, como manifestação da liberdade, era apenas um aspecto secundário da proteção, já que o tipo como estava formulado pretendia proteger a liberdade do indivíduo enfocada na fase de deliberação da vontade^{22 23}.

No tocante à violência doméstica, a anterior Reforma de 89, levada a cabo pela Lei Orgânica nº 3/1989, de 21 de junho, já havia criado um delito específico de violência no âmbito familiar, disposto no artigo 425²⁴. A entrada em vigor da Lei Orgânica nº 10/1995 representou a consagração dessa tipificação específica da violência doméstica, prevista agora no artigo 153²⁵ do Código Penal, com a ampliação do rol de possíveis vítimas,

²¹ SANCHÉZ, María Acale. *Op. cit.*, p. 49.

²² FONTÁN, María Viviana Caruso. *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 398.

²³ Acrescente-se que para a consumação do crime não era necessário que a vítima cumprisse com a condição, nem tampouco que sua vontade fosse efetivamente afetada pela situação criada. A consumação somente requeria que o mal anunciado chegasse a ser conhecido pela vítima, e que tivesse autoridade suficiente para afetar a sua liberdade, sendo irrelevante o tipo de ato sexual solicitado.

Todos esses fatores seriam levados em consideração quando das reformas do Código Penal em 1999 e 2003.

²⁴ Elena Íñigo Corroza observa que esse dispositivo correspondeu ao primeiro intento, verificado no ordenamento jurídico espanhol, de punir expressamente os maus tratos, entendidos como violência física, no contexto do grupo família. E acrescenta: “com esta regulación se conseguía que las faltas cometidas de manera reiterada sobre determinadas personas del grupo familiar fueran consideradas um delito”. CORROZA, Elena Íñigo. Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre. *In: Comentario a la ley orgánica de protección integral contra la violencia de género: aspectos jurídico penales, procesales y laborales*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2005, p. 17.

²⁵ Cujá redação era a seguinte: “el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

incluindo os ascendentes e filhos exclusivos do cônjuge, ou de pessoa com quem se tenha similar laço afetivo, desde que existente a convivência familiar.

María Acale Sánchez observa que nesta oportunidade apenas foram mantidas as expressas discriminações em função do sexo quando este fosse pressuposto do próprio delito, como no caso do aborto ou da inseminação artificial não consentida, que requerem uma mulher, não somente como sujeito passivo, mas como necessária fornecedora do útero²⁶.

Conclui Sánchez que o Código de 1995 comungava completamente com os postulados do feminismo liberal clássico, que perseguia a igualdade dos homens e das mulheres a partir da dignidade humana, enfrentando toda classe de discriminação social e econômica cujos fatores determinantes fossem única e exclusivamente o seu pertencimento a uma raça, credo ou sexo. O novo Código Penal equiparava os direitos dos homens e das mulheres, restando finalmente assexuada a lei penal²⁷.

Todavia, alcançada a meta da igualdade jurídica, não demorou muito para que os movimentos feministas começassem a atentar para o fato de que apesar da neutralidade da lei, a desigualdade real continuava existindo, trazendo à luz os componentes discriminatórios que estão arraigados na própria estrutura dos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, conforme avalia María Acale Sánchez, ainda que a letra da lei trate todos igualmente, procedendo, inclusive, à desconstrução de diversos delitos, o que acaba por ocorrer é que as posições dos homens e das mulheres dentro do sistema penal seguem sendo as mesmas, como consequência dos condicionamentos sociais, históricos e culturais existentes²⁸.

Ao invés desse alarme ter servido desde logo para repensar a estratégia de alcance efetivo da igualdade, as alterações da legislação penal intensificaram-se, acompanhando o franco movimento de expansão do Direito Penal²⁹.

²⁶ SÁNCHEZ, María Acale. *Op. cit.*, p. 48.

²⁷ SÁNCHEZ, María Acale. *Op. cit.*, p. 51.

²⁸ Dois exemplos citados pela autora são os seguintes: apesar de o artigo 179 do Código Penal espanhol apenar como delito de violação a conjunção carnal por via vaginal, anal ou oral, ou a introdução de objetos e outras partes do corpo pelas via vaginal e anal, segundo os dados que se podem extrair da jurisprudência, o sujeito ativo desse delito acaba por ser um homem, na maioria dos casos, e a mulher o sujeito passivo. Da mesma forma, na medida em que as mulheres ocupam com menos frequência do que os homens os cargos de maior responsabilidade no mercado de trabalho, serão elas as usuais vítimas do delito de assédio sexual no ambiente laboral, enquanto o sujeito ativo será normalmente do sexo masculino. Assim, “sexualizado de nuevo el problema de la delincuencia, se concluye que el mismo hecho de que la ley penal sea igual para hombres y mujeres no cabe Duda que en términos reales, la convierte en más dura para mujeres que para hombres”. SÁNCHEZ, María Acale. *Op. cit.*, p. 52.

²⁹ Sobre a expansão das temáticas que envolvem o paradigma do gênero na seara criminal, anotam Miguel Ángel Boldova Pasamar e María Ángeles Rueda Martín: “En la actualidad el fenómeno de la violencia

Em 9 de junho de 1999 foi promulgada a Lei Orgânica nº 14/1999, que modificou o Código Penal de 1995 a fim de reforçar e melhorar as medidas de proteção às vítimas de maus tratos, incluindo, para tanto, a alteração e criação de condutas típicas.

Essa matéria foi ainda objeto de novas e relevantes alterações, advindas com a Lei Orgânica nº 11/2003, cujo propósito, segundo consta de sua exposição de motivos, foi dedicar uma especial atenção aos delitos de maus tratos no âmbito familiar, ou seja, da violência doméstica.

Como anota Virginia Mayordomo Rodrigo³⁰, a Lei Orgânica nº 14/1999 não obtivera o efeito pretendido. As denúncias de violência doméstica não sofreram qualquer incremento. Concluiu-se que era preciso delimitar perfeitamente o campo da prevenção para evitar que o medo de denunciar impedisse o aumento das cifras de denúncia de violência doméstica ou, ainda, para evitar que a falta de informação ou confiança na Administração acarretasse o isolamento da vítima, descrente de que fosse receber a devida atenção diante da situação de agressão vivenciada.

Nesse sentido, indica a exposição de motivos da Lei Orgânica nº 11/2003 que as condutas que são consideradas como “falta” de lesões, quando forem cometidas no âmbito doméstico, passam a configurar delitos, abrindo-se a possibilidade para aplicação da pena de prisão e, em todo caso, para a restrição ao direito de posse e porte de armas. Quanto aos delitos de violência doméstica praticados com habitualidade, amplia-se o rol das possíveis vítimas, impondo-se, igualmente, o direito a porte e posse de armas, além de possibilitar ao juiz ou tribunal a privação de eventuais direitos a *patria potestad*, tutela, curatela ou guarda.

De qualquer forma, como anota Maria Sánchez, até esse momento, o objeto das sucessivas reformas não era outro senão melhorar a proteção de todas as pessoas que,

doméstica se caracteriza, en primer lugar, porque genera una gran alarma social por el elevado número de casos que aparecen en los medios de comunicación. En segundo lugar y como consecuencia de dicha alarma social, nuestra legislación penal y procesal penal ha recogido también de una *intensificación* de la intervención penal en determinados campos como el que ahora nos interesa. Si nos centramos en esta segunda característica en torna de la denominada, hata ahora, violencia doméstica se han producido en España en los seis últimos años una avalancha de reformas que, a la vista del incremento incesante de las cifras de este tipo de violencia, hace presagiar que no han alcanzado su fin”. PASAMAR, Ángel Boldova; MARTÍN, María Ángeles Rueda. Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género. In: *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 13. Quanto à contribuição feminista observa Sánchez que “si bien ciertos sectores feministas finalmente hayan terminado por entender que el Derecho penal no es “un aliado” (...), otros, por el contrario han entendido que la vía para alcanzar la verdadera igualdad material entre hombres e mujeres pasa por la diferenciación legal de sexos, sin hacer mayor distingo según la concreta rama del ordenamiento jurídico de que se trate”. SÁNCHEZ, María Acale. *Op. cit.*, p. 54.

³⁰ RODRIGO, Virginia Mayordomo. *La violencia contra la mujer: un estudio de derecho comparado*. Madrid: Editorial Dilex, 2005, p. 49.

independentemente do sexo e de sua concreta relação, formassem parte da unidade familiar³¹.

Contudo, em 28 de dezembro de 2004, entrou em vigor a Lei Orgânica nº 1/2004, de Medidas de Proteção Integral Contra a Violência de Gênero. Essa lei foi resultado de intensa articulação do movimento feminista e dada a sua pretensão de tratamento multidisciplinar da violência de gênero, representou um marco referencial na proteção aos direitos da mulher em todo o mundo.

Consta em sua exposição de motivos que os poderes públicos não podem permanecer alheios à violência de gênero, que constitui um dos ataques mais flagrantes a direitos fundamentais proclamados pela Constituição, a qual atribui a esses mesmos poderes públicos a obrigação de adotar medidas de ação positiva para tornar reais e efetivos esses direitos, removendo eventuais obstáculos que impeçam ou dificultem sua aplicação plena.

Dessa forma, a Lei Orgânica nº 01/2004 abarca um conjunto integral de medidas voltadas aos aspectos preventivos, sociais, assistenciais ou de cuidados especiais às vítimas, esforçando-se por promover a sensibilização da sociedade acerca desse fenômeno que tem deixado, cada vez mais, de ser um delito invisível, acobertado pelas paredes dos lares domésticos.

No tocante às normas de natureza penal, a Lei Orgânica nº 01/2004 declara que pretende dar uma resposta firme e contundente a esse tipo de violência, o que se concretiza por meio da criação de tipos penais específicos ou, ainda, pela fixação de agravantes e sanções penais majoradas.

Contudo, a lei em comento não abrange todo caso de violência de gênero contra a mulher, mas tão-somente aqueles em que: 1) a vítima seja ou tenha sido esposa do autor, ou mulher que tenha ou já tenha tido uma ligação afetiva análoga ao casamento, ainda que sem convivência; 2) que o autor seja necessariamente um homem; 3) que a violência pressuponha o exercício de qualquer ato tipificado pelo Código Penal; e 4) que o exercício dessa violência corresponda a uma manifestação da discriminação, da situação de desigualdade, bem como das relações de poder dos homens sobre as mulheres³².

³¹ SÁNCHEZ, María Acale. *Op. cit.*, p. 13.

³² O artigo 1º declara o objeto da Lei Orgânica nº 1/2004, de Medidas de Proteção Integral Contra a Violência de Gênero: “1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Assim, não restaram tuteladas aquelas formas de violência de gênero que por ventura se produzam na vida pública, ou mesmo na esfera privada, mas que envolvam membros da unidade familiar diversos daqueles ligados pelo matrimônio ou formas similares de união entre homens e mulheres – circunstância que não deixa de atrair severas críticas³³, e cuja incongruência encontra reflexos no próprio texto da lei, que admite duas situações excepcionais nas quais o sujeito passivo tanto pode ser a mulher, quanto membros da família vulneráveis ao agressor.

María Acale Sánchez chama a atenção para o fato de que o homem machista impõe a sua concepção a todos que façam parte da família, o que significa dizer que por vezes ele exercerá violência física e/ou psíquica somente sobre a mulher, mas como consequência desse ato outros membros da unidade familiar serão vítimas de violência psíquica. Já em outras situações, a violência recairá diretamente sobre todos da família. Afinal, dificilmente o agressor vai querer submeter exclusivamente a sua mulher, pois a família constitui o âmbito privado onde ele pode exercer o seu domínio, “e não há motivo *a priori* para que ele mesmo rechace sua própria ‘realização pessoal’”³⁴.

A autora exemplifica a situação a partir das outras mulheres da unidade familiar, as quais não são objeto da Lei Orgânica nº 01/2004, na medida em que não possuem relação marital ou similar com o agressor. Assim, a filha que sabe que seu pai faz de sua mãe objeto de violência, para além do sofrimento psicológico que decorre dessa situação, estará introjetando não necessariamente o comportamento machista mas, sim, a atitude passiva/submissa da mãe e, com isso, estará aprendendo padrões de comportamento que serão repetidos no futuro. Diante dessa cadeia de violência doméstica, Sánchez adverte que “a violência de gênero contra a mulher no âmbito privado ou familiar começa muitas vezes antes do matrimônio ou do momento em que se inicia a vida de casal”, razão pela qual a limitação do objeto da Lei Orgânica nº 01/2004 merece, nesse ponto, consideráveis críticas³⁵.

Em acréscimo, Miguel Ángel Boldova Pasamar e María Ángeles Rueda Martín apontam que também não serão abrangidos pela Lei Orgânica de Proteção Integral contra Violência de Gênero a violência laboral ou acadêmica exercida sobre uma mulher, por

³³ A questão será melhor desenvolvida quando da abordagem da Lei Maria da Penha. No âmbito espanhol, Miguel Ángel Boldova Pasamar e María Ángeles Rueda Martín relatam que diversas vezes se insurgiram apontando sérios defeitos da LOPIVG, entre eles a introdução de uma discriminação positiva da mulher no âmbito penal que implicou em inconstitucionalidade, na medida em que foi infringido o princípio da igualdade perante a lei, consagrado pelo artigo 14 da Constituição Espanhola. PASAMAR, Ángel Boldova; MARTÍN, María Ángeles Rueda. *Op. cit.*, p. 18.

³⁴ SÁNCHEZ, María Acale. *Op. cit.*, p. 77.

³⁵ SÁNCHEZ, María Acale. *Op. cit.*, p. 78.

parte de quem se prevaleça de posição hierárquica, ou tampouco será considerada violência de gênero a mutilação genital feminina praticada pelo pai sobre uma adolescente de quinze anos³⁶.

De qualquer forma, não foi apenas no contexto das leis penais voltadas à questão da violência doméstica que ocorreram mudanças no Código Penal de 1995, com implicações para a efetivação da igualdade material entre homens e mulheres.

Em 1999 foi promulgada a Lei Orgânica nº 11/99 que, com o propósito de tipificar de maneira mais precisa os delitos contra a liberdade e idoneidade sexuais, em especial quanto à idade das vítimas e circunstâncias concorrentes, reintroduziu alguns tipos penais, ampliou outros, exasperou sanções e renomeou institutos, como o da agressão sexual, que passou a se denominar violação.

O tipo do assédio sexual também sofreu mudanças com a Reforma de 1999, passando a prever um tipo básico, um agravado e, ainda, uma agravante aplicável aos dois primeiros dispositivos³⁷.

Semelhantes medidas foram introduzidas também pelas Leis Orgânicas de 29 de setembro e 25 de novembro de 2003, configurando o fenômeno, observado por Silveira, de uma contra-reforma, “por onde diversos outros dispositivos são novamente alterados, majorando-se, em parte, a reprovação penal em determinados casos”³⁸.

5.1.3 PORTUGAL

Em 1982 foi promulgado em Portugal um novo Código Penal, fruto de prolongadas análises e revisões de dois projetos elaborados por Eduardo Correia ainda na década de 1960. Os debates jurídico-penais de Portugal estavam afinados com o que de mais atualizado se discutia no cenário internacional. Não por outro motivo, a Introdução do

³⁶ PASAMAR, Ángel Boldova; MARTÍN, María Ángeles Rueda. *Op. cit.*, p. 18.

³⁷ María Viviana Caruso Fontán observa que “la intención del legislador a la hora de elaborar este tipo podría resultar a primera vista contradictoria, ya que por un lado pretende ampliar el ámbito de conductas criminalizadas, mientras que, por otro, parece elevar las exigencias de la conducta requiriendo un resultado. No obstante, esta aparente ambivalencia podría encontrar sentido interpretando el tipo de acuerdo al objetivo prioritario de proteger a la víctima de cualquier ataque a su libertad, independientemente del carácter de la relación que tenga con el agresor, o de que este ataque se materialice solicitando una condición de forma expresa”. FONTÁN, María Viviana Caruso. *Op. cit.*, p. 401.

³⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.*, p. 55.

Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro, que aprovou o novo Código, lamentava: “pena foi que não tivesse sido mais rápida a aprovação desse projecto, pois muitas das suas disposições teriam um carácter altamente precursor - relativamente ao direito alemão e a outros projectos estrangeiros”.

Com efeito, o novo estatuto adotou a capitulação dos “crimes sexuais”, em substituição à anterior classificação dos crimes contra a honestidade, antecipando de modo ainda tímido a tendência de abandono dos conteúdos morais no ordenamento jurídico, que alguns anos mais tarde efetivamente se consolidaria.

Além disso, o Código Penal de 1982 fez questão de ressaltar, já na Introdução, seu esforço em considerar os interesses da vítima, temática que ganhou relevância no pós 2ª Guerra Mundial.

Sobretudo no domínio dos crimes sexuais, o estatuto admitiu a necessidade de se cuidar para que o sistema penal não acabe por “funcionar mais contra a vítima do que contra o próprio delinquente”, daí que tenha se multiplicado o número de crimes cujo procedimento passou a depender de queixa do ofendido, cujos interesses eram, até então, desconsiderados.

Nesse sentido, o Código de 1982 inaugurou a previsão do crime de maus tratos conjugais, acrescido ao texto do já existente artigo 153^{o39}, servindo como fundamentos, “além das experiências estrangeiras, a consciencialização de que a violência frequente entre pessoas relacionadas, em regra dependentes e fragilizadas, é um grave problema social que, por ser corrente e censurável, cumpre combater por meios específicos”⁴⁰.

Dessa forma, o Código Penal de 1982 movimentou-se no sentido de reconhecimento das circunstâncias especiais que envolvem os crimes praticados no âmbito da violência doméstica, dando um primeiro passo na busca de soluções para esse tipo de conflito por meio da via penal.

³⁹ Que assim ficou redigido: “Art. 153º

Maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges

1 – O pai, mãe, ou tutor de menor de 16 anos ou todo aquele que o tenha a seu cuidado ou à sua guarda ou a quem caiba a responsabilidade da sua direcção ou educação será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa até 100 dias quando, devido a malvadez ou egoísmo:

a) Lhe infligir maus tratos físicos, o tratar cruelmente ou não lhe prestar os cuidados ou assistência à saúde que os deveres decorrentes das suas funções lhe impõem; ou

b) O empregar em actividades perigosas, proibidas ou desumanas, ou sobrecarregar, física ou intelectualmente, com trabalhos excessivos ou inadequados de forma a ofender a sua saúde, ou o seu desenvolvimento intelectual, ou a expô-lo a grave perigo.

2 – Da mesma forma será punido quem tiver como seu subordinado, por relação de trabalho, mulher grávida, pessoa fraca de saúde ou menor, se se verificarem os restantes pressupostos do nº 1.

3 – Da mesma forma será ainda punido quem infligir ao seu cônjuge o tratamento descrito na alínea a) do nº 1 deste artigo”.

⁴⁰ GOMES, Catarina Sá. *Op. cit.*, p. 13.

Como observa Catarina Sá Gomes, “a inclusão dos maus tratos conjugais no art. 153º encontra a sua razão de ser na percepção de que, muito frequentemente, um dos cônjuges é dominado de facto pelo outro, sendo vítima de maus tratos”⁴¹.

Em que pese a atenção desviada ao tema da violência doméstica, e muito embora a própria Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 13º, proclame que todos os cidadãos são iguais perante a lei, sendo vedada qualquer sorte de discriminação em função de sexo, além de, no artigo 9º, estabelecer como tarefa fundamental do Estado a promoção da igualdade entre homens e mulheres, a verdade é que o Código Penal de 1982 contribuiu muito pouco nessa tarefa.

Com efeito, além dos diversos dispositivos em que é franqueada ao Estado a imiscuição na vida privada dos indivíduos, impondo um padrão moral para os comportamentos, o Código de 1982 deixou transparecer valores impregnados de discriminação de gênero, desenhando a mulher como um ser frágil, indefeso e que possuía um papel secundário na dinâmica familiar, onde o poder de comando e de provisão do homem estabelecia diferentes direitos e deveres entre os sexos.

Não por outra razão, os crimes sexuais foram dispostos, no Código Penal de 1982, na Secção II, do Capítulo I, “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social” que, por sua vez, fazia parte do Título III, chamado “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, o que demonstra que “a concretização do que deve ser o verdadeiro bem jurídico a proteger pelos crimes em causa – a liberdade sexual – não foi integralmente assumida no Código de 1982”⁴².

Ou seja, apesar de declarar uma intenção de maior atenção à vítima, torna-se forçoso reconhecer que o próprio Código Penal de 1982 focava o bem jurídico tutelado na sociedade, e não na vítima diretamente atingida pelo crime sexual.

Esse cenário começou a efetivamente mudar com o Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, que trouxe a lume o Código Penal de 1995, ainda vigente, com alterações relevantes para a efetivação da igualdade material entre os sexos.

⁴¹ A autora acrescenta que “embora se consagre logo em sede constitucional a tutela da igualdade jurídica dos cônjuges (Art. 36º/1 CRP), o mesmo sucedendo na lei civil (art. 1671º/1 Cód. Civil), tal situação está longe de ser uma realidade total, particularmente tratando-se de maus tratos infligidos pelo marido à mulher. Não obstante ser este último fundamento mais evidente da inclusão do crime de maus tratos conjugais no art. 153º, por ser também a situação mais frequente, obviamente que o mesmo artigo também será aplicável às situações de maus tratos da mulher ao marido. Mas, em regra, os maus tratos infligidos pela mulher ao marido revestem a modalidade de humilhações, tendo portanto carácter de maus tratos psíquicos que, porém, não estavam tipificados neste nº 3 do art. 153º”. GOMES, Catarina Sá. *Op. cit.* p. 14.

⁴² LOPES, José Mouraz. *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal. De acordo com a alteração do código pena operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de agosto.* Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 12.

Logo de início, na Introdução do Decreto-Lei nº 48/95, foi assinalada “a deslocação dos crimes sexuais do capítulo relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade para o título dos crimes contra as pessoas, onde constituem um capítulo autónomo, sob a epígrafe ‘Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual’, abandonando-se na concepção moralista (‘sentimentos gerais de moralidade’), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais”.

Isso, de fato, foi um avanço. Como destaca Renato de Mello Jorge Silveira, abandonou-se a concepção moralista que se dedicava à tutela dos “sentimentos gerais da moralidade” para tratar dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Dessa forma, é superada a visão moralista que antes dispunha sobre os “crimes contra a honestidade”, adotando-se uma visão centrada estritamente no indivíduo, ou seja, na medida das violações à sua liberdade e autodeterminação sexual – concebidas, a partir de então, como “crimes contra as pessoas”⁴³.

Assim, além da eliminação dos crimes que continham descabido conteúdo moral, foram criados tipos penais para garantir a ampla tutela do bem jurídico consagrado pelo novo Código Penal, como os crimes de coação sexual⁴⁴ e fraude sexual⁴⁵. Outrossim, foi sistematizada uma ordem de tutela específica ao direito à autodeterminação sexual dos hipossuficientes. Por fim, como observa Renato de Mello Jorge Silveira, não foram incluídos nessa nova abordagem penal, deliberadamente, os atos sexuais livremente consentidos entre adultos.

Todavia, não foi apenas no campo do Direito Penal sexual que o novo Código Penal foi refrescado. É de se ressaltar o esforço de expungir do texto legal toda sorte de discriminação sexista, ao menos no nível formal. Com efeito, o termo “mulher” passou a constar apenas dos dispositivos referentes ao aborto e às hipóteses de interrupção da gravidez não puníveis (artigos 140º a 142º), do crime de violação (artigo 164º) e do crime de procriação artificial não consentida (artigo 168º).

⁴³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.*, p. 51.

⁴⁴ “Art. 163º

Coacção sexual

Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constringer outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

⁴⁵ “Art. 167º

Fraude sexual

Quem, aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal, praticar com outra pessoa cópula, coito anal ou acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de até 2 anos”.

Posteriormente ao Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, o Código Penal ainda sofreu algumas alterações dignas de comentário, conforme o interesse deste trabalho.

A Lei nº 65/98, de 2 de setembro, reformou em alguns pontos o Código de 1995, fazendo incluir em seu artigo 163º, nº 2, a figura do assédio sexual⁴⁶.

José Mouraz Lopes contextualiza essa inovação, afirmando que a criminalização dos comportamentos discriminatórios em função do sexo surgiu essencialmente no direito norte americano, mas veio a ser rapidamente adotada pelo direito europeu, com a ressalva de que “o legislador português foi, no entanto, para além da relação de poder derivada de uma relação laboral”, punindo, igualmente, o aproveitamento do poder de fato resultante de uma relação hierárquica ou econômica, que não exclusivamente laboral⁴⁷.

Além disso, uma modalidade específica do crime de assédio sexual foi também acrescentada na segunda parte do artigo 164º, que trata do crime de violação, a fim de incluir a conduta daquele que, abusando da autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho, constranger outra pessoa a praticar cópula, coito anal ou oral⁴⁸.

Os crimes de coação e violação sexual, inclusive nas hipóteses de configuração do assédio sexual, podem agora ter como sujeitos ativos e passivos tanto a mulher como o homem, fato que corrobora a adoção, efetivada pela Lei nº 65/98, do caráter bissexual dos crimes sexuais.

Com efeito, Renato de Jorge Mello Silveira menciona que essa lei “igualou, no critério de violação, a conjunção carnal, os coitos anal e oral, bem como as possibilidades de sujeitos passivos homem ou mulher”⁴⁹.

No mesmo sentido, José Mouraz Lopes avalia que “se social e culturalmente à violação estão necessariamente ligadas consequências que ultrapassam o atentado à

⁴⁶ “Artigo 163º

Coacção Sexual

1. [...]

2. Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos”.

⁴⁷ LOPES, José Mouraz. *Op. cit.*, p. 19.

⁴⁸ “Art. 164º

Violação

1 – Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

2 – Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar cópula, coito anal, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão de até 3 anos”.

⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.*, p. 51.

liberdade sexual da mulher (e só desta) maxime consequências atinentes à própria procriação é a conseqüente valorização da maternidade, o tipo criminal agora estabelecido deixa de valorizar essas representações sociais, ao contrário da versão aprovada em 1995, porquanto vítima do crime pode ser agora homem ou mulher”⁵⁰.

Por sua vez, o crime de maus tratos conjugais previsto no artigo 152º, nº2 também sofreu uma modificação. A fim de combater a inércia da vítima contra os atos violentos de seu cônjuge, ficou estabelecido na nova redação dada pela Lei nº 65/98, que o procedimento criminal se iniciaria independentemente de queixa quando “o interesse da vítima o impuser”, salvo se esta se opuser antes de ser deduzida a ação⁵¹.

Catarina Sá Gomes afirma que esse poder concedido ao Ministério Público é resultado da conscientização ético-social de que os maus tratos praticados contra o cônjuge, apesar de criminalizados, na prática permaneciam impunes.

Como foi observado pelo legislador, muitas vezes, a vítima deixava de apresentar a queixa com medo de que o conseqüente procedimento criminal acarretasse a ruptura definitiva da relação, o que poderia ser indesejado tanto no nível afetivo do relacionamento, quanto no âmbito de sustento econômico da família.

Dessa forma, essa alteração legislativa visou atribuir ao Ministério Público o poder de agir pela vítima, quando essa se encontrasse imobilizada pelo complexo contexto da violência doméstica. Conservou-se, porém, o direito da vítima de se opor à atuação ministerial, desde que se insurgisse antes de deduzida a ação.

Contudo, as alterações do Código Penal no tocante ao tema da violência doméstica não estancaram com a Lei nº 65/98. Em 27 de maio, a Lei nº 07/2000 tornou completamente pública a iniciativa para desencadear o procedimento criminal pela prática do crime de maus tratos conjugais⁵².

⁵⁰ LOPES, José Mouraz. *Op. cit.*, p. 36. O autor esclarece que “na exposição de motivos da Proposta de lei nº 160/VII que esteve na origem da Lei nº 65/98, de 2 de setembro, refere o legislador que ‘estas formas de penetração sexual constituem, de acordo com os estudos de psiquiatria, violações da liberdade da vítima idênticamente intensas e estigmatizantes’.”

⁵¹ “Art. 152º

Maus tratos e infração de regras de segurança

(...)

2 – A mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge, ou a quem ele conviver em condições análogas às dos cônjuges, maus tratos físicos ou psíquicos. O procedimento criminal depende de queixa, mas o Ministério Público pode dar início ao procedimento se o interesse da vítima o impuser e não houver oposição do ofendido antes de ser deduzida a acusação”. GOMES, Catarina de Sá. *Op. cit.*, p. 23.

⁵² “É que, a maioria das violências praticadas no sei da relação conjugal ou concubinária, ainda que reiteradas, eram insusceptíveis de punição, devido ao facto de a vítima não encontrar coragem para desencadear o procedimento criminal, ou por, mais tarde, acabar por desistir do mesmo. Através da natureza pública do crime ultrapassa-se estes problemas, permitindo que o procedimento criminal tenha lugar mesmo na ausência de manifestações de vontade do ofendido nesse sentido e, mais importante do que isso, não

Assim, a persecução penal do agente de maus tratos conjugais tornou-se questão de interesse maior do Estado, que se impõe, inclusive, sobre a vontade da vítima.

Para amenizar essa ostensiva sobreposição de interesses, a Lei nº 07/2000 alterou o Código de Processo Penal em seu artigo 281º, nº 6, permitindo que a livre requerimento da vítima, levando-se em especial consideração a sua situação, e desde que antes não tenha sido aplicado o mesmo benefício por infração da mesma natureza, o processo seja suspenso, aplicando-se ao agressor determinadas condições e regras de conduta⁵³.

De alteração em alteração, remendando-se o Código Penal, chegou-se ao momento de reformular toda a questão da violência doméstica, como já estava acontecendo ao redor do mundo.

Assim, em 4 de setembro de 2007, entrou em vigor a Vigésima Terceira alteração ao Código Penal português, nos termos da Lei nº 59/2007. Diferentemente da maioria dos países que entraram nessa específica onda reformista, Portugal não editou uma lei de proteção integral para os casos de violência doméstica, mas apenas adequou o tratamento do aspecto criminal do tema no Código Penal, mantendo a abordagem multidisciplinar em leis complementares⁵⁴.

O artigo 132º passou a prever a hipótese de homicídio qualificado pela circunstância de o agente praticar fato contra cônjuge, ex-cônjuge ou pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1º grau.

O artigo 154º, que trata do crime de coação, estabeleceu que se o fato tiver lugar entre cônjuges, ascendentes e descendentes, adotantes e adotados, ou entre pessoas, de outro ou do mesmo sexo que vivam em situação análoga às dos cônjuges, o procedimento criminal dependerá de queixa.

obstante as manifestações de uma vontade contrária ao procedimento criminal”. GOMES, Catarina de Sá. *Op. cit.*, p. 53.

⁵³ “No fundo, dá-se ainda alguma relevância à vontade da vítima de maus tratos, embora sempre condicionada à concordância do Ministério Público, do juiz, do arguido e do assistente, atendendo à situação em que se encontra”. GOMES, Catarina de Sá. *Op. cit.*, p. 54.

⁵⁴ A título de exemplo, menciona-se a seguinte legislação complementar: Lei nº 61/91, de 13 de agosto, que garante proteção adequada às mulheres vítimas de violência; Resolução da Assembleia da república nº 7/2000, de 26 de janeiro, que prevê a concretização de medidas de proteção das vítimas de violência doméstica; Lei nº 107/99, de 03 de agosto, que dispõe sobre a criação da rede pública de casas de apoio a mulheres vítimas de violência; Decreto-Lei nº 323/2000, de 19 de dezembro, que regulamenta a Lei que cria a rede pública de casas de apoio às vítimas de Violência Doméstica; Lei nº 6/2001, de 11 de maio, que adota medidas de proteção das pessoas que vivam em economia comum; Lei nº 7/2001, de 11 de maio, que adota medidas de proteção das uniões de fato.

As maiores alterações, contudo, foram no artigo 152º, que passou a tratar exclusivamente do crime de violência doméstica, tendo sido a matéria do crime de maus tratos deslocada para o artigo 152º-A⁵⁵.

Como se observa, a alteração e criação de tipos penais pela Lei nº 59/2007 não limitou a configuração da violência doméstica aos casos em que vítima seja apenas a mulher, e o agressor seja seu cônjuge, ex-cônjuge ou equivalente. Ou seja, O Código Penal português tutela as relações domésticas de forma neutra, sem estabelecer tratamentos discriminatórios em função do sexo e gênero dos envolvidos.

Com isso, não só as mulheres restaram protegidas contra o comportamento machista do homem no contexto das relações familiares. Todos que dele sejam vítimas justificarão uma maior reprovabilidade da conduta do agente, fazendo incidir o tipo penal específico, sejam os filhos, as filhas, os ascendentes, ou mesmo outro homem, na hipótese de união homossexual.

Por fim, observa-se que foi mantida pelo Código de Processo Penal a previsão de que, “em processos por crime de violência doméstica não agravado pelo resultado, o Ministério Público, mediante requerimento livre e esclarecido da vítima”, pode determinar a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que se verifiquem a ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza e

⁵⁵ “Art. 152º

Violência doméstica

1 – Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

- a) ao cônjuge ou ex-cônjuge;
- b) a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
- c) a progenitor de descendente comum em 1º grau; ou
- d) a pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência econômica, que com ele coabite;

é punido com pena de prisão de uma a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 – No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o fato contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima, é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 – Se dos fatos previstos no nº1 resultar:

- a) ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;
- b) a morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

4 – Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 – A pena acessória de proibição de contacto com a vítima pode incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento pode ser fiscalizado por meios técnicos de controle à distância.

6 – Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do fato e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de 1 a 10 anos”.

a ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza.

5.2 RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO SOBRE O ENFOQUE DO GÊNERO

5.2.1 LEI Nº 10.224, DE 15 DE MAIO DE 2001

Essa lei alterou o Código Penal brasileiro para nele introduzir, no artigo 216-A⁵⁶, a figura do crime de assédio sexual.

O projeto que propunha essa alteração (Projeto de Lei nº 61/1999) foi apresentado em 23 de fevereiro de 1999, pela Deputada Iara Bernardi, que justificou a criação do tipo penal nos seguintes termos:

“... Este século é marcado pela construção de consensos sobre os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e igualdade entre os sexos. Para a vigência desses direitos são necessárias mudanças culturais e adequações da legislação.

O assédio sexual, conduta tal como a tipificada neste projeto, é um desrespeito a esses direitos. Embora não seja um comportamento novo, é recente a discussão pública sobre o tema. Nova é a forma de enfrentamento dessa questão e se manifesta por sua inserção nos debates relativos ao Direito em nível mundial e em diferentes documentos de conferências mundiais, provocada pela ação dos movimentos de mulheres.

A proposta de tipificação do assédio sexual como crime previsto neste projeto de lei, reflete tendências do Direito Internacional que buscam visibilizar formas de violência de gênero, cujas causas não são as mesmas da violência das ruas. Baseiam-se na cultura da desigualdade, que

⁵⁶ A redação final do artigo, quando de sua entrada em vigor, é a seguinte: “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos. Parágrafo único. (VETADO)”.

permeia a construção das relações sociais, profissionais e do âmbito privado há séculos.

Embora as vítimas mais frequentes do assédio sexual sejam as mulheres, o crime pode ser praticado por pessoas de ambos os sexos, contra pessoas do mesmo ou de outro sexo. Das denúncias feitas mundialmente, 99% das vítimas são mulheres”⁵⁷.

O Projeto nº 61/2009, em sua redação final aprovada pelo Congresso Nacional, foi vetado parcialmente pelo Presidente da República, que apresentou como razão para o veto a “inegável quebra do sistema punitivo adotado pelo Código Penal”⁵⁸, na medida em que o projeto estatua um parágrafo único contendo mais duas hipóteses em que a pena prevista no *caput* também se aplicaria, contudo, essas hipóteses já estavam previstas no artigo 226 do mesmo estatuto, como causas especiais de aumento de pena aplicáveis a todos os crimes contra os costumes. Beneficiar-se-iam, assim, os agentes que praticassem o crime de assédio sexual, já que, quanto a eles, as causas de aumento não poderiam ser (duplamente) consideradas.

Aqui não se pretende a análise detalhada do tipo penal mas, sim, expor os argumentos contrários ou favoráveis à criminalização do assédio sexual, o qual no Brasil restou definido como a conduta daquele que, no âmbito laboral, constrange alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se para tanto da posição hierárquica que dispõe sobre a vítima⁵⁹.

O crime de assédio sexual foi disposto em lei pela primeira vez no ano de 1980, nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte acatou o entendimento exarado pela Comissão de Igualdade de Oportunidades no Emprego (*Equal Employment Opportunity Commission - EEOC*), segundo o qual essa prática configura discriminação sexual que viola o Título VII, do *Civil Rights Act of 1964*.

⁵⁷ A tramitação do Projeto de Lei nº 61/1999 pela Câmara dos Deputados, inclusive da proposição apresentada pela Dep. Iara Bernardi, encontra-se disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14995>>. Último acesso em: 07/jul/2011.

⁵⁸ Cf. Mensagem nº 424, de 15 de maio de 2001.

⁵⁹ Laerte Marzagão esclarece que na conduta do assédio sexual introduzida no Código Penal “o assediante na condição de superior hierárquico da vítima abusa de sua posição de mando e solicita favores sexuais, sob pena de, em não sendo satisfeita sua vontade, influir de maneira negativa no regular desenvolvimento das atividades profissionais do assediado, negando-lhe promoções, ameaçando-o de dispensa, sobrecarregando-o de afazeres, condicionando a sua atividade profissional ao objeto da chantagem. (...) Dessume-se, claramente, que o assédio por chantagem funda-se na existência de uma relação profissional verticalizada. Logo, é de suma importância para a caracterização do delito que o assediante tenha condições de influir na vontade do assediado, por estar funcionalmente em uma posição superior a este”. MARZAGÃO JR., Laerte I. *Assédio sexual e o seu tratamento no direito penal*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 72.

Mônica de Melo menciona que a Comissão definiu o assédio sexual como “avanços sexuais indesejados, pedidos de favores sexuais e outras condutas verbais ou físicas de natureza sexual quando a submissão ou rejeição a essas condutas afetam, explícita ou implicitamente, o emprego de alguém, interferem injustificadamente com o desempenho do trabalho ou criam um ambiente de trabalho hostil, ofensivo ou intimidativo”⁶⁰.

Seguindo a influência norte-americana, diversos países incorporaram a seus ordenamentos jurídicos essa figura. Mais um motivo pelo qual foi justificada a inovação em território pátrio. Muitos alegaram que o Brasil não poderia ficar de fora desse marco de modernização⁶¹.

Nesse sentido, Maria Goretti dal Bosco afirma que a inclusão da figura típica do crime de assédio sexual representa um “sinal da modernidade”, já que “a figura do assédio sexual, enquanto conduta vedada pelo ordenamento, aparece em nossa legislação da mesma forma que em grande parte das legislações estrangeiras, ou seja, ligada à relação hierárquica de trabalho”⁶².

De certa forma, a inovação legislativa resolveu, também, a questão da inconstitucionalidade por omissão dos poderes públicos os quais, a despeito da ratificação pelo Brasil da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher⁶³, em 1995, postergavam a necessária regulamentação do assédio sexual⁶⁴.

Contudo, apesar de representar inegável resposta ao compromisso assumido na esfera internacional, a escolha pela tipificação penal do assédio sexual não foi por toda a doutrina jurídica aceita como a melhor solução para o problema.

⁶⁰ MELO, Mônica de. Assédio Sexual: um caso de inconstitucionalidade por omissão. *Revista do ILANUD*, n. 17, 2001, p. 60.

⁶¹ O mesmo ocorreu em Portugal, como relata Vera Lúcia Raposo: “O argumento que maior peso assumiu para a consagração deste crime terá sido porventura o temor da acusação de sexismo que tem pendido sobre as legislações que até hoje ignoraram esta realidade. De modo que, por força da influência de outros sistemas jurídicos (o norte-americano como pioneiro; mais perto do nosso horizonte geográfico, o francês, desde 1994) e de pressões da doutrina jurídica feminista, o legislador português erigiu uma punição autónoma para esta conduta no art. 163º/2, e, com as necessárias adaptações, no art. 164º/2”. RAPOSO, Vera Lúcia. *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. In liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 948.

⁶² BOSCO, Maria Goretti dal. *Assédio sexual nas relações de trabalho*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2430/assedio-sexual-nas-relacoes-de-trabalho>>. Último acesso em: 28/jun/2011.

⁶³ A violência contra a mulher representada pelo assédio sexual já fora afirmada pela ONU em sua Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher, de 20 de dezembro de 1993.

⁶⁴ Essa a opinião de Mônica de Melo, para quem “a punição ao assédio sexual faz parte do direito constitucional fundamental a uma vida livre de violência, introduzido no sistema constitucional brasileiro a partir do §2º do art. 5º da CF/88 pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) ratificada pelo Brasil em 1995”. Para a autora, “por se tratar de direito constitucional fundamental, ou seja, norma constitucional, a ausência de regulamentação necessária à sua efetivação, caracterizaria um estado de inconstitucionalidade por omissão passível de correção pelos mecanismos constitucionais existentes”. MELO, Mônica de. *Op. cit.*, p. 67.

Com frequência menciona-se que outras áreas podem, com maior eficácia, adotar medidas combativas à prática do assédio sexual o qual, sem dúvida, configura manifestação da visão patriarcal machista no domínio das relações de trabalho, que demanda efetivas práticas de prevenção, controle e punição, mas não necessariamente pela via do Direito Penal⁶⁵.

Nesse sentido, diversas previsões legais podem ser adotadas no âmbito do Direito Trabalhista, voltadas à prevenção e punição das ocorrências de assédio sexual, bem como pode ser assegurada pelo Direito Civil a devida e justa indenização à vítima, o que poderia ser deveras mais vantajoso, não só a ela, mas também ao sistema repressivo penal⁶⁶.

Isso porque a tipificação criminal do assédio sexual implica evidente violação do princípio da *ultima ratio* já que outras instâncias poderiam tratar satisfatoriamente do problema, respaldadas pelas figuras típicas penais já existentes, como o crime de constrangimento ilegal, o crime de ameaça e a contravenção da importunação ofensiva ao pudor.

Nesse sentido, René Ariel Dotti afirma que “o princípio da intervenção mínima é seriamente comprometido pela criminalização do *assédio sexual*. A conclusão se extrai não somente das observações em torno do caráter fluido da construção típica dessa figura,

⁶⁵ Renato de Mello Jorge Silveira ressalta que “não é de se sustentar posição machista, nem mesmo de se minimizar a conduta do agente. Ela é presente e reprovável. Apenas não reprovável penalmente. Muito mais do que atitudes antiéticas, crimes hão de se definir por atitudes atentatórias a bens jurídicos, que por outra forma não possam ser atendidos. O assédio sexual pode, sem dúvida, se afigurar como o atual mal du siècle. Mas a sua solução não passa pelo Direito Penal. É problema de outras ordens”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O assédio sexual como fato criminoso. *Boletim IBCCrim* nº 89, v.8, 2000, p. 11.

⁶⁶ Mônica de Melo relata que nos Estados Unidos, a *Equal Employment Opportunity Commission – EEOC* recomenda à vítima que imediatamente manifeste o seu desagrado diante da conduta do assediador, devendo em seguida buscar os mecanismos de reclamação ou o sistema de queixa disponíveis no local do trabalho – os quais costumam existir diante das ostensivas campanhas preventivas do assédio sexual, que estimulam os empregadores a criar tais mecanismos acompanhados pela pronta repressão. MELO, Mônica de. *Op. cit.*, p. 62. Além disso, existe naquele país um forte costume de ajuizamento de ações indenizatórias por suposta violação da honra, medida que muitas vezes acarreta o pagamento de quantias vultosas à vítima, fato que, por sua vez, acabou forçando a mudança de comportamento do povo norte-americano exatamente para se evitar ser alvo desse tipo de acusação. Como expõe Rui Stocco, a obtenção das indenizações milionárias se dá “por força da adoção da teoria dos *punitive damage*, em que a reparação tem sentido punitivo e a pena pecuniária serve como repressão, mostrando-se desimportante (naquele país) a situação e possibilidade de quem paga e a situação e necessidade de quem recebe”. STOCO, Rui. Responsabilidade civil por assédio sexual. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Vol. 2, n. I, jan/jun, 2001, p. 132. Manifestando-se contra a relevância que a experiência norte-americana possa trazer ao cenário nacional, Damásio Evangelista de Jesus e Alice Bianchini afirmam que “fatos isolados envolvendo a comunidade norte-americana acabam povoando, mais do que o desejável, o imaginário nosso de cada dia”. Além disso, esses dois autores não concordam que as medidas extrapenais possam dar conta de resolver o problema: “... uma análise mais detida da questão demonstra, em inúmeros casos, a impossibilidade de enquadramento jurídico ou mesmo a utilização indevida de certos tipos penais, e, em outros, a impossibilidade de se buscar as consequências extrapenais previstas em lei, por falta de interesse de agentes cuja conduta torna-se imprescindível para a consecução do resultado. Pode ocorrer também de o assediador ser o próprio empregador e, neste caso, a vítima não ter a quem dirigir, dentro da empresa, a sua ‘queixa’”. JESUS, Damásio Evangelista de; BIANCHINI, Alice. Assédio sexual agora é crime. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 9, n. 105, ago. 2001, p. 2-4.

como também da circunstância de estar o sistema legal já abastecido de leis para combater o fato no âmbito de *um direito disciplinar* que regula as relações jurídicas onde haja hierarquia de umas pessoas sobre as outras, quando a importunação não ocorra em lugar público ou acessível ao público”⁶⁷.

Renato de Jorge Mello Silveira é enfático ao avaliar a criação desse tipo penal. Segundo ele, trata-se da “mais emblemática situação de presença dos gestores atípicos da moral no campo sexual”⁶⁸.

Com efeito, ainda que tal delito não tenha como vítima exclusiva a mulher, é inegável que a introdução do assédio sexual no Código Penal foi abertamente sustentada pelo movimento feminista, que ansiava por uma medida que revertesse a posição de desvantagem das mulheres no contexto das relações de trabalho⁶⁹.

Menciona Luiza Nagib Eluf que a previsão do tipo penal do assédio sexual responderia a “uma reivindicação da mulher moderna, emancipada, daquela que se quer respeitada em casa e no trabalho, no espaço público tanto quanto no privado”⁷⁰.

Contrariamente, Alexandra Lebelson Szafir acredita que a criminalização do assédio sexual jogou “na lata do lixo” anos de luta pela emancipação feminina, “pois a mulher é tratada como um ‘bibelô’ indefeso que não sabe reagir a propostas amorosas que, mesmo indesejadas e/ou inconvenientes, nada têm de criminosas”⁷¹.

Questão relevante, para que se conclua sobre a serventia desse tipo penal para a causa feminista, reside na verificação da real eficácia do dispositivo. Porque, afinal, maior prova de que o Direito Penal não se presta a essa tutela encontra-se exatamente no fato de o dispositivo enfrentar empecilhos à sua aplicação concreta.

Nesse sentido, destacam-se duas falhas na criminalização da conduta de assédio sexual. A primeira advém da opção por um tipo penal aberto, que não delimita o que se

⁶⁷ DOTTI, René Ariel. A criminalização do assédio sexual. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Vol. 2, n. V, jul/dez, 1998, p. 62. No mesmo sentido, Laerte I. Marzagão assevera que “a criminalização do assédio sexual, não obstante a relevância dos bens jurídicos tutelados, configurou uma violação aos princípios basilares do Direito Penal, uma vez que os mesmos já encontravam a devida proteção em outros dispositivos penais, bem como em Leis administrativas e trabalhistas”. MARZAGÃO JR., Laerte I. *Op. cit.*, p. 67.

⁶⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.*, p. 356.

⁶⁹ Como transcrito acima, a própria justificativa do Projeto nº 61/99 menciona que “das denúncias feitas mundialmente, 99% das vítimas são mulheres”.

⁷⁰ ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 9.

⁷¹ A autora acrescenta: “Afinal, se a mulher pretende sair do casulo do lar, onde, devidamente protegida como um ser meio incapaz, não tem contato com o mundo exterior – e a geração de nossas mães lutaram anos para isso –, ela deve estar preparada para se confrontar com situações como esta, as quais, embora possam ser desagradáveis e constrangedoras (no sentido leigo da palavra), não são, de forma alguma, criminosas”. SZAFIR, Alexandra Lebelson. O assédio sexual e as vagabundas das Minas Gerais. *Boletim IBCCRim*, nº 132, v. 11, 2003, p. 8.

deve entender por “vantagem” ou “favorecimento sexual”, dando ensejo à retomada de um Direito Penal regulador da moral, do pudor e dos “bons costumes”⁷².

Alexandra Lebelson Szafir comenta caso ocorrido no país em 2003, que recebeu bastante destaque na mídia, de uma assessora que ajuizou queixa-crime contra Ministro do Superior Tribunal de Justiça, acusando-o de assédio sexual, porquanto ele teria pedido abraços, tentado segurar-lhe as mãos e, certa feita, depois de fitar-lhe “com um olhar enlouquecido”, teria lhe pedido um beijo, sem nunca forçar-lhe a nada⁷³.

Há que se concordar com a autora quando afirma que “o grande malefício dessa queixa-crime, além de ocupar o Juízo criminal com questões que não lhe dizem respeito, é mostrar a mulher como um ser ingênuo, extremamente frágil, que não está apto a se defender de uma proposta amorosa indesejada”⁷⁴.

Como mencionam Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio Machado de Almeida Delmanto, tendo optado por criminalizar o assédio sexual, ao menos o legislador deveria ter tomado o cuidado de manter uma coerência lógico-sistemática com o restante do Código Penal, que nos demais crimes previstos no Capítulo I, do Título VI, tem por objeto a “conjunção carnal” ou “outro ato libidinoso”⁷⁵.

Por essa razão e em respeito ao princípio da proporcionalidade, esses autores defendem que o crime de assédio sexual não se configura se o agente apenas tem como intuito “paquerar”, “flertar”, ou obter abraços e beijos. Diante da previsão aberta do tipo penal criado pelo legislador, observam que “há que se distinguir atos que atentam contra o pudor daqueles simplesmente reprováveis e inoportunos, que somente molestam o ofendido e podem caracterizar as contravenções dos arts. 61 e 65 da LCP”⁷⁶.

⁷² Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira menciona que “Desde o Projeto Alternativo Alemão, até as reformas codificadas (portuguesa, espanhola e italiana) no tocante aos crimes sexuais, tem-se como certo não mais ser possível a ingerência moral no Direito Penal. Esta, ainda que permita análise social de dada conduta ou procedimento, não pode ser tida como elo de reprovação criminal. Assim, mudança foi sentida quanto à definição dos bens jurídicos a serem, pelo Direito Penal sexual, protegidos. Limitou-se sua abrangência à liberdade sexual e, por que não se dizer, como preferem os alemães e os portugueses, da liberdade de autodeterminação sexual (*sexuelle Selbstbestimmung*). Ora, em assim sendo, como entender que o assédio sexual, no qual não se vislumbra nem uma conduta violenta, nem de grave ameaça, possa ser tido como crime dessa ordem? Como pretender que possa o Direito Penal moderno, o qual tem para si que somente deve ser utilizado em *ultima ratio*, reprimir uma conduta que mais tem em comum com a organização do trabalho do que com crimes de ordem sexual?”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *O assédio... Op. cit.*, p. 11.

⁷³ SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Op. cit.*, p. 8.

⁷⁴ SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Op. cit.*, p. 8.

⁷⁵ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código penal comentado*. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.702.

⁷⁶ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Op. cit.*, p.702.

A segunda falha na criminalização do assédio sexual talvez inviabilize ainda mais a eficácia do tipo penal, evidenciando seus propósitos meramente simbólicos.

De fato, quando da entrada em vigor do novo crime de assédio sexual, a ação penal era de iniciativa exclusivamente privada, conforme antiga redação do artigo 225, do Código Penal.

Esse artigo foi alterado pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, a qual estabeleceu que no crime de assédio sexual, assim como nos demais delitos incluídos nos Capítulos I (Dos crimes contra a liberdade sexual) e II (Dos crimes contra vulnerável), do Título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual), do Código Penal, apenas se procede mediante ação penal pública condicionada à representação, com exceção dos casos em que a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou vulnerável⁷⁷.

Dessa forma, para que a vítima do assédio sexual busque a punição daquele que ameaça - entre outras coisas, sua estabilidade e futuro profissional - deverá formalizar uma representação, sem a qual a ação penal não poderá ter início.

Apesar da alteração realizada pela Lei nº 12.015/2009, ainda é pertinente a crítica formulada por Maria Inês Trifoglio Valente e Renato de Mello Jorge Silveira, os quais, por ocasião da introdução do delito de assédio sexual, observaram que “a natureza dessa infração penal desaconselha que a sua ação penal deva depender de iniciativa exclusiva da pessoa ofendida, eis que esta situa-se sob o jugo do agente que, por tal relação de superioridade, poderá coagi-la à não propositura da ação, o que garantiria a persistência da impunidade”⁷⁸.

Por essa razão, os autores, em conjunto com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, sugeriram que mais apropriado teria sido o acréscimo de um parágrafo ao artigo 146 do Código Penal, que já tipifica o crime de constrangimento ilegal, prevendo uma pena agravada para a hipótese em que o agente abusasse de sua condição profissional, constrangendo alguém com a finalidade de obter vantagem sexual. “A ação penal, nesta hipótese, seria pública incondicionada, ficando sua promoção a cargo exclusivo do Ministério Público”⁷⁹, evitando o agravamento da situação de vulnerabilidade da vítima.

⁷⁷ Código Penal brasileiro: “Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável”.

⁷⁸ VALENTE, Maria Inês Trifoglio; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Críticas à lei de assédio sexual*. Boletim IBCCrim. São Paulo, v. 9, n. 103, p. 12, jun 2001.

⁷⁹ VALENTE, Maria Inês Trifoglio; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 12.

A questão do assédio sexual exige, sem dúvida, atenção e repressão, sobretudo diante do inegável fator de discriminação sexual que determina que as mulheres sejam vítimas desse mal com uma frequência largamente superior em relação aos homens. A opção pela criminalização da conduta, contudo, não parece ser a via mais eficaz para a solução do problema, a não ser que por ela se busque apenas efeito simbólico.

5.2.2 LEI Nº 11.106, DE 28 DE MARÇO DE 2005

Essa lei promoveu muito mais mudanças no Código Penal brasileiro do que pretendia o Projeto de Lei que lhe deu origem, proposto pela Deputada Iara Bernardi, em 19 de fevereiro de 2003⁸⁰.

Na justificção do Projeto de Lei nº 117/2003, a Deputada mencionava que o Código Penal de 1940 “contempla anacronismos, estereótipos, preconceitos, discriminação, logo, inconstitucionalidades em relação às mulheres”, das quais seriam exemplos os dispositivos que aludem à “mulher honesta” como sujeito passivo dos crimes⁸¹.

Nesse sentido, apelando para que seus pares aprovassem o Projeto, a Deputada conclamou-os à promoção da equidade de gênero e ao respeito da dignidade das mulheres, por meio da expunção do termo “mulher honesta” do artigo 216 do Código Penal e da substituição do termo “mulher”, por “pessoa”, no artigo 231, do mesmo Estatuto.

O Projeto de Lei nº 117/2003 acabou aglutinando diversas outras alterações, sempre vinculadas à promoção da igualdade de gênero, como asseverou a Deputada Laura Carneiro, ao propor sua Emenda Substitutiva ao Projeto, que já tratava de modificar não dois, mas sete artigos:

“A sociedade brasileira reclama que a legislação penal seja adaptada a suas novas necessidades. Nesse sentido, tem-se apontado a urgência de rever conceitos do Código Penal que cabiam bem nos padrões

⁸⁰ A tramitação do Projeto de Lei nº 107/2003 pela Câmara dos Deputados encontra-se disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=104744>. Último acesso em 07/jul/2011.

⁸¹ A proposição da Deputada Iara Bernardi foi apresentada na sessão do dia 19/fev/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104744>>. Último acesso em 07/jul/2011.

comportamentais de 1940, mas já não condizem com a realidade social vigente.

Muitos são os dispositivos do Código Penal que ainda contêm anacronismos como as expressões “mulher honesta” ou “mulher virgem”, conceitos que hoje não mais atendem aos ditames constitucionais de igualdade entre os sexos.

Apresentamos o presente Substitutivo ao Projeto de Lei 117 de 2003 da Deputada Iara Bernardi, corrigindo essas distorções, colocando em relevo a igualdade necessária entre os sexos, quer quanto à proteção legal da liberdade sexual, quer quanto a punição pelos delitos que se cometam”⁸².

Mas foi ao chegar ao Senado que o Projeto de Lei nº 117/2003, sob o nº 103/2003, recebeu maiores emendas, tendo sido proposta uma alteração mais profunda do Código Penal. De fato, a relatora do Projeto no Senado, Serys Slhessarenko, ressaltou, no parecer que elaborou para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a urgência em se adaptar a legislação penal brasileira aos compromissos assumidos pelo país na esfera internacional, no tocante aos direitos das mulheres:

“O PLC nº 103, de 2003, perdeu valiosa oportunidade para promover outras atualizações no nosso Código Penal, de mais de sessenta anos de idade. A organização das Nações Unidas tem editado recomendações sobre a situação da mulher para que os países promovam alterações em suas respectivas leis penais (...).

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Comitê CEDAW), em documento referente às recomendações ao Governo brasileiro resultantes da análise do Relatório Nacional Brasileiro sobre o cumprimento da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, expressa sua preocupação com o fato de o Código Penal ainda conter vários dispositivos que discriminam as mulheres, como os arts. 215, 216 e 219, que requerem que a vítima seja uma “mulher honesta” para o fim de processar o agressor, e o art. 107, que alcança os crimes contra os costumes, permitindo a exclusão da

⁸² A Emenda Substitutiva apresentada pela Deputada Laura Carneiro foi apresentada na sessão de 27/nov/2003. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=104744>. Último acesso em: 07/jul/2011.

punibilidade quando o agressor se casa com a vítima ou quando a vítima se casa com o terceiro.

No documento em apreço, o Comitê conclama o Estado brasileiro a dar prioridade à reforma, sem demora, dos dispositivos discriminatórios do Código Penal, de maneira a adequá-lo à convenção e às recomendações gerais do comitê, em particular à Recomendação Geral nº 19, sobre violência contra as mulheres (§§ 29 e 30).

Não há momento mais oportuno para se prestar um tributo à mulher brasileira, uma vez que 2004 é o Ano Nacional da Mulher, instituído por lei federal. Nesse sentido, urgem algumas modificações ao Código Penal, para trazê-lo à realidade social brasileira do início do século XXI”⁸³.

O parecer da Senadora propunha, então, modificações em diversos artigos do Código Penal, desde a alteração da redação dos crimes de infanticídio e abandono de recém-nascido, passando pela alteração dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, até a substituição da rubrica do Título VI da Parte Especial do Código Penal, “Dos Crimes contra os Costumes”, que passaria a ser “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Como mencionou em seu parecer, “tais alterações apagam discriminações, desigualdades desmerecidas e a ideologia patriarcalista subjacente ao Código Penal. Ademais, valorizam a vítima e passam a focar a mulher como ser humano digno e sujeito dos mesmos direitos e obrigações que os homens”⁸⁴.

Parte dessas sugestões de alterações ao Projeto inicial foi acatada quando do retorno deste à Câmara, mas aquelas que pretendiam mudanças mais profundas no Código Penal, principalmente no tocante aos crimes sexuais, foram afastadas porquanto, por correr a aprovação do Projeto em “regime de urgência”, seriam necessárias maiores discussões⁸⁵.

Dessa forma, exatamente na véspera do Dia Internacional da Mulher, o Projeto foi encaminhado em sua redação final à sanção do Presidente da República, tendo sido transformado na Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.

⁸³ Diário do Senado Federal, nº 152, publicado em 22/set/2004, p. 30.020.

⁸⁴ Diário do Senado Federal, nº 152, publicado em 22/set/2004, p. 30.021.

⁸⁵ Mencionou o Deputado Antonio Carlos Biscaia em seu parecer ao substitutivo encaminhado pelo Senado Federal, apresentado na sessão de 24/fev/2005: “Pretendia o Senado, e o substitutivo também, substituir “conjunção carnal” por “relação sexual”, em seguida definindo o que seria isso. É uma questão perigosa, sem apreciação na jurisprudência e sem nenhuma interpretação doutrinária autêntica ou qualquer que seja. Entendo que isso só pode ser apreciado no bojo de uma ampla discussão integral do Código Penal ou então de todo o Capítulo”. Parecer disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104744>>. Último acesso em: 07/jul/2011.

Do quanto se pôde aqui conhecer acerca da tramitação desse Projeto de Lei, percebe-se a forte influência do discurso feminista respaldando a sua promulgação. Um discurso feminista que procura transformar o Direito Penal, expurgando suas marcas patriarcalistas e discriminatórias e, ao mesmo tempo, um discurso feminista que demonstra confiar com veemência na suposta aptidão de que dispõe o Direito Penal para promover a igualdade de gênero.

Esse discurso parece ignorar, contudo, que é intrínseco ao Direito Penal a atuação como mecanismo criador de diferença de gênero, já que sua incidência recai de forma selecionada sobre a sociedade, e sempre em atuação conjunta com outros mecanismos de controle social, sobretudo os informais, que normalmente cuidam de circunscrever as mulheres, mantendo-as dentro dos padrões de comportamento e dos papéis sociais tidos como adequados⁸⁶.

Uma visão geral da Lei nº 11.106/2005 permite concluir que seu principal propósito (e mérito) foi adequar, ainda que superficialmente, o Código Penal de 1940 à realidade social e cultural contemporânea, tratando de eliminar do texto aquelas expressões ou dispositivos que aludiam gritantemente à posição que outrora a mulher ocupava na sociedade, bem como aos papéis que lhe eram atribuídos e aos padrões de comportamento que devia obedecer.

Com efeito, a vigência, em pleno século XXI, de tipos penais que tutelavam a liberdade sexual da vítima apenas se ela fosse considerada uma “mulher honesta” – definição que variava ao “gosto” dos juízes e doutrinadores – significava a representação máxima de um Direito Penal criador de gênero e discriminações inaceitáveis⁸⁷.

⁸⁶ Nesse sentido, pertinente é a observação de Mariana Barros Barreira: “O sistema penal sempre valeu-se do patriarcalismo como seu aliado e deverá continuar valendo-se, pois com isso deixa que o controle informal cuide das condutas femininas, como tão bem tem feito ao longo dos últimos séculos, e economiza um trabalho de controle formal sobre nada menos que metade da população. A lei aqui tratada, assim como qualquer outro diploma legal, são meios absolutamente inidôneos para alterar a posição da mulher na sociedade. Acreditar que mudanças no sistema de Justiça Criminal possam levar a uma alteração no *status* feminino é crer no simbolismo do Direito Penal e viver em utopia”. BARREIRAS, Mariana Barros. O discurso feminista da Lei nº 11.106/05. *Boletim IBCCrim* nº 150, v. 13, 2005, p. 05.

⁸⁷ Nélson Hungria apresenta uma definição de “mulher honesta” compatível com a mentalidade da sociedade brasileira da década de 1960: “A vítima deve ser *mulher honesta*, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos *bons costumes*. Só deixa de ser *honestas* (sob o prisma jurídico penal) a mulher francamente desregrada, aquela que, inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher *fácil*, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecunia accepta*). Não perde a qualidade de honesta nem mesmo a amásia, a concubina, a adúltera, a atriz de cabaré, desde que não se despeça dos banais preconceitos ou elementares reservas de pudor”. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Vol. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 148. Outro exemplo está na definição de Magalhães Noronha: “Mulher honesta é a honrada, de decôro, decência e compostura. É aquela que sem se pretender traçar conduta ascética, conserva, entretanto, no contacto diário com seus semelhantes, na vida social, a dignidade e

Desse modo, foram tomadas medidas formais de neutralização das discriminações de gênero constantes do texto do Código Penal, tais como a exclusão do termo “mulher honesta” dos artigos 215 e 216, ou a substituição de “mulher” por “pessoa” no artigo 231.

Essas providências formais foram acompanhadas pela já tardia descriminalização de condutas, como o crime de adultério (artigo 240), o crime de sedução (artigo 217), e todo o Capítulo III, que tratava das hipóteses de crime de rapto⁸⁸ (artigos 219 a 222). Registre-se que o mote da maior parte dessas medidas estava na nova concepção que se tinha do papel da mulher na sociedade, bem como da maturidade e autonomia de que ela dispunha para decidir os rumos de sua vida.

Essas descriminalizações, além de responderem à demanda feminista, poderiam denotar que o legislador brasileiro começava finalmente a atentar para a necessidade de desvincular o Direito Penal de pretensões moralizantes, tendência que desde a década de 1960 começou a se desenhar na Europa.

O comportamento sexual consentido de adultos, por mais que não agrade a grupos conservadores, não deve ser objeto de tutela penal. A sociedade contemporânea conquistou o direito de manifestar a sua multiplicidade de valores, que refletem, entre outros, no exercício livre de sua sexualidade.

Nesse sentido, poder-se-ia indicar a descriminalização do crime de adultério, que apesar de constar no Título VII, denominado “Dos Crimes contra a Família”, versava sobre conduta indubitavelmente ligada à liberdade sexual do sujeito ativo.

Todavia, parece-nos que a Lei nº 11.106/2005, apesar das descriminalizações que promoveu, não nasceu com o propósito de reformular o Direito Penal sexual, tal como vinha ocorrendo em outros países. Muito embora o Direito Penal brasileiro estivesse atrasado também nesse ponto, a verdade é que os legisladores que promulgaram a Lei nº 11.106/2005 pareciam preocupados, mesmo, com as manifestações constrangedoras de discriminação contra a mulher que constavam no Código Penal de 1940.

Não por outra razão, sem qualquer chance de debate, foram rejeitadas diversas alterações sugeridas pelo substitutivo apresentado pela Senadora Serys Slhessarenko, entre elas, a reformulação dos tipos penais de estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual

o nome, tornando-se, assim, merecedora do respeito dos que a cercam. Não vivendo no claustro nem no bordel, justamente é quem mais pode ser vítima do crime, donde logicamente a necessidade de proteção legal”. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 3º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 1961, p. 176.

⁸⁸ A revogação desse Capítulo foi acompanhada pelo acréscimo de duas hipóteses qualificadas no crime de sequestro ou cárcere privado (artigo 148, incisos IV e V), tendo sido, assim, reformulada a figura do rapto violento ou mediante fraude. Nesse sentido, SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes sexuais. Reflexões sobre a nova lei 11.106/2005*. Leme: Editora J. H. Mizuno, 2006, p. 209.

mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, a partir da noção de “relação sexual”, definida como “qualquer tipo de introdução por via vaginal, anal ou oral, limitando-se, neste último caso, à introdução de órgão sexual”. Além disso, entre as propostas da Senadora Serys Slhessarenko, que não foram adotadas na redação final, estava a substituição da rubrica do Título VI, “Dos Crimes contra os Costumes”, para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”.

Pelo que foi explanado pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia, ao elaborar seu parecer pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, aquele não era o momento adequado para aprofundar as discussões sobre as necessárias alterações no Código Penal: “Entendo que isso só pode ser apreciado no bojo de uma ampla discussão integral do Código Penal ou então de todo o Capítulo. Por isso a manifestação do parecer é contrária. A questão regimental é relativamente complexa nesse caso. Como o nosso objetivo é homenagear as mulheres do nosso País, em especial as do nosso Congresso, é importante que esse projeto vá hoje à sanção presidencial”⁸⁹.

Assim, comemorou-se o “Mês das Mulheres” e a reforma do Direito Penal sexual ficou para mais tarde, precisamente, para quatro anos depois.

Registre-se, por derradeiro, duas questões que merecem maiores considerações. A primeira diz respeito ao crime previsto no artigo 231, já que a Lei nº 11.106/2005 não cuidou apenas de substituir o termo “mulher” por “pessoa”, inovando ao admitir os homens como possíveis vítimas do tráfico. Ela foi além: criminalizou a conduta daquele que faz a *intermediação* na saída do país, ou na entrada nele, de pessoa que busca se prostituir, incluiu a previsão de cabimento da pena de multa, e, por fim, criou a figura do tráfico interno de pessoas, no artigo 231-A⁹⁰.

Neste ponto, pecaram os legisladores ao assumir postura claramente paternalista. De fato, as condutas punidas no *caput* do artigo 231 e 231-A não combatem com eficácia o grave problema do tráfico de pessoas. Na verdade, os tipos penais criminalizam a conduta daqueles que, sem violência ou grave ameaça, apenas colaboram com a pessoa que, por vontade própria e no exercício de sua autodeterminação sexual, deseja se prostituir. Não sendo a prostituição considerada crime no Brasil, nada há de ilegal nessa situação, desde

⁸⁹ Parecer apresentado em sessão de 24/fev/2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104744>>. Último acesso em: 07/jul/2011.

⁹⁰ Código Penal brasileiro de acordo com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.106/2005: “Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei”.

que não se configurem contextos de exploração e aproveitamento da vulnerabilidade da vítima por parte do agente⁹¹.

Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira observa:

“... um processo de regulamentação da prostituição é que se deve pleitear e sustentar, não mais, nem menos. De se retirar da previsão codificada qualquer disposição relativa à ocorrência de promoção, intermediação ou facilitação de entrada, no território nacional, de pessoa que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de quem vá exercê-la no estrangeiro, bem como casos de prostituição, ou a saída de quem vá exercê-la no estrangeiro, bem como casos de promoção, intermediação ou facilitação, no território nacional, de recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de indivíduos que venham a exercer a prostituição. Estas figuras, além de não atentarem contra liberdade de autodeterminação sexual, tampouco cuidam da dignidade da pessoa humana, vez que essa só se vê ofendida se se caracterizar situação de carência volitiva. Em tais casos, como em se tratando de emprego de violência, grave ameaça ou fraude, justificar-se-ia, eventualmente, uma intervenção penal, mas tão-só em tais casos”⁹².

A última questão a ser analisada diz respeito à revogação das causas de extinção da punibilidade previstas no artigo 107, incisos VII e VIII, do Código Penal.

⁹¹ Note-se que o Brasil é subscritor da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que foi complementado pelo Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial as Mulheres e Crianças, o qual foi incorporado ao ordenando jurídico pelo Decreto nº 5.017/2004. Esses dois instrumentos vinculam a definição de tráfico de pessoas ao emprego de ameaça, força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. Como observa Tadeu Antônio Dix Silva, “nos instrumentos fica clara a questão de a *prostituição voluntária* não ser suficiente para caracterizar o tráfico de pessoas, sendo perfeitamente dotado de validade o consentimento que não vier a ser obtido pelos mencionados meios – aos quais o tipo penal remodelado pela Lei 11.106/2005 não faz alusão alguma”. SILVA, Tadeu Antônio Dix Silva. *Op. cit.*, p. 317.

⁹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais...* *Op. cit.*, p. 378. No mesmo sentido, Tadeu Antônio Dix Silva alega que “a pessoa adulta que – livre de coação ou de qualquer forma de exploração – vem a exercer a prostituição no Brasil estará em *pleno exercício de sua liberdade sexual*, porque entre nós o ato de se prostituir não consiste em nenhum delito. O mesmo se diga de quem se dirige ao exterior, do Brasil, com o intuito de lá se prostituir, sem sofrer nenhuma espécie de constrangimento ilegal ou uma outra forma de exploração: *em terras brasileiras* igualmente estará exercitando sua autodeterminação no plano da sexualidade. Não que se colocar, assim, essa pessoa na situação de *vítima* de conduta criminosa, em nenhuma das duas hipóteses, porque em ambas *não se vislumbra delito algum* em face do consentimento livre do homem ou da mulher”. SILVA, Tadeu Antônio Dix Silva. *Op. cit.*, p. 316.

Este trazia a hipótese em que, diante do casamento da vítima com terceiro, estaria extinta a punibilidade do crime contra os costumes praticado, sem violência real ou grave ameaça, pelo agente contra a vítima, agora casada.

O raciocínio era mais ou menos o seguinte: se, mesmo depois do crime, e da consequente desvalorização a que a mulher foi submetida no mercado competitivo dos casamentos, ela ainda conseguisse um noivo que aceitasse sustentá-la para o resto da vida, cessar-se-ia, então, o principal dano decorrente do crime praticado⁹³.

O bem jurídico protegido não estava centrado na liberdade sexual da vítima. O bem jurídico tutelado parecia ser mais a própria reputação da vítima, da qual, no final das contas, dependeria a sua chance de conseguir um bom casamento.

Se, mesmo com a reputação manchada pelo crime sexual do qual fora vítima, a mulher conseguiu casar-se, então, não persistia motivo relevante para se punir o agressor, já que o “estrago” não fora tão grande.

Era vergonhoso que tal previsão machista e discriminatória ainda existisse em pleno século XXI. Bem fez o legislador ao dar um fim nisso.

O mesmo não se pode dizer quanto à revogação do inciso VII, do artigo 107, que trata da hipótese em que é extinta a punibilidade pelo casamento do agente com a vítima.

Ora, se de livre e espontânea vontade a mulher aceitou casar-se com o próprio homem que lhe fez vítima de um crime, então, de alguma forma, ela dimensionou os danos que o agressor lhe causou, equacionou intimamente os prejuízos e as vantagens e, então, perdoou esse homem, vindo com ele a se casar.

Dito de outro modo, se esse casamento não foi forçado e se, também, não foi um engodo, enfim, se a mulher aceitou livremente se casar com o agressor e o casal escolheu se unir com sinceridade, então, há que se respeitar a decisão dessa mulher, a não ser que persista no comando o mesmo patriarcalismo da década de 1940, que decidia o que era melhor para a mulher, que supostamente, não sabia fazê-lo sozinha.

⁹³ Nesse sentido, bastante pertinente a observação de Vera Lúcia Raposo: “A virgindade era elevada a característica impreterível da mulher solteira. As relações entre os sexos assemelhavam-se a uma bolsa de valores, na qual a mulher ‘desflorada’ perdia valor comercial, como se de uma mercadoria defeituosa se tratasse”. Sobre o Código Penal português, de 1852, anotou a autora: “Nos casos de estupro ou de violação o criminoso, além de condenado a uma pena de prisão ou de degredo, era ainda obrigado a conceder um dote à mulher ofendida. Pois por força da satisfação das suas “paixões lascivas” a mulher havia deixado de ser pura. Tinha agora uma mácula que a tornava menos desejável para um futuro marido. Todavia, todas estas punições cessariam se contraísse matrimônio com ela, já que assim não se verificaria qualquer dano para a mulher (que teria o almejado marido, e portanto, quase se purificava de novo, mormente porque o contacto sexual prévio tinha sido afinal com o seu esposo), quer para os outros homens (pois livrava-os de carregar o peso de uma mulher conspurcada)”. RAPOSO, Vera Lúcia. *Da moralidade... Op. cit.*, p. 934-935.

No fundo, a Lei nº 11.106/2005 demonstra que o legislador brasileiro não se desvencilhou de todo desse costume.

5.2.3 LEI Nº 11.340, DE 07 DE AGOSTO DE 2006

Depois do “Lobby do Batom”, campanha organizada pelo movimento feminista para a inclusão na Constituição Federal de 1988 de dispositivos promovedores da igualdade entre homens e mulheres, a Lei Maria da Penha representou a mais recente e vitoriosa manifestação do poder de influência do movimento feminista brasileiro na promulgação de leis.

O próprio anteprojeto da lei foi resultado do trabalho de um consórcio de organizações não governamentais feministas que se reuniu no ano de 2002 para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica⁹⁴. No ano seguinte, o anteprojeto foi entregue à bancada feminista no Congresso Nacional e à Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres.

Esse anteprojeto subsidiou as discussões do Grupo de Trabalho Interministerial criado pelo Decreto nº 5.030, de 31 de março de 2004, com a finalidade de elaborar proposta de medida legislativa para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, sob a coordenação da Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres.

Em 24 de novembro de 2004, o Projeto de Lei foi encaminhado ao Congresso Nacional, tendo sido apresentado à Câmara dos Deputados em dezembro do mesmo ano, sob o nº 4559/2004.

O Projeto tramitou inicialmente pela Comissão de Seguridade Social e Família, que apresentou parecer de lavra da deputada Jandira Feghali, a qual apresentou de forma transparente as intenções do Projeto, então, em tramitação:

⁹⁴ Ana Paula da Silva Brito Prata relata que “o movimento feminista adotou diversas estratégias para a proposição de uma Lei específica para a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, conduzida na direção das arenas políticas formais, utilizando-se de instrumentos de participação direta, como a apresentação do anteprojeto da Lei, na articulação com profissionais do Direito para sua composição e a obtenção do apoio de juristas, e de outro, para sua promoção, investindo em campanhas publicitárias nas mídias de comunicação e na formulação de cartilhas para o público-alvo da Lei”. PRATA, Ana Paula da Silva Brito. Mobilizações feministas e políticas de igualdade de gênero no Brasil: um estudo da campanha da Lei Maria da Penha. In: *Cadernos de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, n. 5, v. 5, 2008, p.16.

“Quando nos debruçamos sobre o problema da violência doméstica contra a mulher, rapidamente percebemos que poucos segmentos da população brasileira expressam com maior clareza o longo caminho ainda necessário para que os direitos sociais e da cidadania sejam efetivamente reconhecidos entre nós.

Embora as mulheres tenham conquistado maior espaço nos mais diversos segmentos da atividade profissional (inclusive naqueles antes restritos ao mundo masculino) e na vida social em geral, ainda pesam sobre essa parcela da população os cinco séculos de história patriarcal, de desigualdade social e de maciça promoção da exclusão de amplos setores de nossa população, característicos do processo histórico de formação deste país.

(...)

Assim, são as situações de desigualdade estrutural, de opressão e de falta de acesso a recursos sociais básicos, além da cultura abertamente machista – características de nossa sociedade – que propiciam o ambiente no qual o agressor se sentirá encorajado a praticar atos de violência contra a mulher: violência física, psicológica, patrimonial e moral, como bem define o projeto de lei em tela.

Tais situações de desigualdade social, embora caracterizem a condição das mulheres na vida profissional e social em geral, certamente acabam, também, por se refletir na problemática da violência doméstica”⁹⁵.

Existia um contexto social e político que emprestava bastante força à aprovação do Projeto de Lei nº 4.559/2004 e que foi devidamente aproveitado pelo movimento feminista em favor exclusivo da mulher vítima de violência doméstica. É preciso retomar esse contexto.

A luta das feministas brasileiras contra a violência de gênero, especialmente a doméstica, teve início na década de 1980, paralelamente ao movimento de redemocratização. Uma grande mobilização envolveu a instalação de delegacias especializadas na defesa da mulher⁹⁶.

⁹⁵ Parecer apresentado em sessão de 23/ago/2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=272058>. Último acesso em: 28/mar/2011.

⁹⁶ Wânia Pasinato Izumino menciona que “definida como carro-chefe das reivindicações feministas da década de 80, a violência contra a mulher desempenhou um importante papel aglutinador para o movimento de mulheres no Brasil. Pra Heilborn e Sorj (1999) o tema da violência, sobretudo aquela chamada de violência doméstica ou conjugal, possibilitou ao feminismo brasileiro ampliar seu discurso ‘para além da fronteiras militantes’”. IZUMINO, Wânia Pasinato. Delegacia de defesa da mulher e juizados especiais

As feministas buscavam destacar que a violência contra a mulher é um problema social, que demanda medidas específicas em seu combate. Entre elas, seria preciso estabelecer um sistema que pudesse receber de forma mais acolhedora as mulheres que decidissem denunciar seus agressores, garantindo-lhes a segurança de que seriam efetivamente tomadas as medidas para investigação e punição do crime.

O modelo de Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) foi proposto pelo Conselho estadual da Condição Feminina de São Paulo, cidade onde foi instalada a primeira DDM, em 1985. O serviço era prestado apenas por funcionárias mulheres, devidamente capacitadas para o atendimento, que deveriam tratar as vítimas sem os preconceitos, humilhações e desinteresse normalmente verificados nas delegacias comuns.

O modelo foi um sucesso e rapidamente se espalhou por todo o país, estimulando não apenas o registro de denúncias, como, também, a elaboração de estudos e estatísticas sobre a ocorrência da violência contra a mulher, que denunciavam os altos índices de violência doméstica⁹⁷.

A criação das DDM's contribuiu sobremaneira à visualização social desse problema. Os números de ocorrência de violência doméstica ganharam destaque, as mulheres incentivavam-se a denunciar, já que não mais se sentiam isoladas e, assim, a violência doméstica deixava de ser uma questão privada, para invadir o domínio público.

Com a instalação dos Juizados Especiais Criminais, a partir da promulgação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, desenhou-se para o movimento feminista uma nova frente de batalha.

Com efeito, grande parte dos crimes de que eram vítimas as mulheres no contexto da violência doméstica (lesão corporal de natureza leve e ameaça) acabou por se enquadrar no conceito de crime de menor potencial ofensivo trazido pela nova lei⁹⁸ e, assim, passaram a seguir um rito especial, que foi instituído com o propósito maior de conciliar o interesse das partes de forma mais célere, desafogando as Varas Criminais sobrecarregadas de processos em andamento.

A Lei nº 9.099/1995 prevê que não mais serão instaurados inquéritos policiais para investigar os crimes de menor potencial ofensivo. Ao invés disso, devem ser lavrados

criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero. *RBCCrim*, nº 40, outubro-dezembro, 2002, p. 282.

⁹⁷ IZUMINO, Wânia Pasinato. *Op. cit.*, p. 286.

⁹⁸ Lei nº 9.099/95, pela redação original:

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

Termos Circunstanciados que serão remetidos ao Juizado Especial Criminal, onde se realizará uma audiência para tentativa de conciliação entre vítima e autor.

Dessa forma, como anota Maria Berenice Dias, “a Lei dos Juizados Especiais esvaziou as Delegacias da Mulher, que passaram tão só a lavrar termos circunstanciados e encaminhá-los a juízo. Na audiência preliminar, a conciliação mais do que proposta, era imposta pelo juiz, ensejando simples composição de danos. Não obtido o acordo, a vítima tinha o direito de representar. No entanto, esta manifestação era feita na presença do agressor, o que constrangia a mulher e contribuía para o arquivamento de 70% dos processos. Mesmo feita a representação, e sem a participação da ofendida, o Ministério Público podia transacionar a aplicação de multa ou pena restritiva de direito”⁹⁹.

Entre as penas restritivas de direito, era comumente aplicada a determinação de que o autor entregasse à vítima uma cesta básica, para ter extinta a sua punibilidade, pena que, muitas vezes, acabava por implicar em prejuízo financeiro à mulher, já que o pagamento da cesta refletiria no desfalque do próprio orçamento doméstico. Esse desfecho para o processo criminal denotava a desvalorização promovida pelo Judiciário da violência experimentada pela mulher, gerando um forte movimento de revolta por parte das feministas¹⁰⁰.

Paralelamente a tudo isso, o Brasil vinha assumindo diversos compromissos no contexto internacional, voltados à promoção da igualdade entre homens e mulheres e à erradicação da violência contra a mulher.

Como já analisado, em 1994 o Brasil ratificou a Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), que foi introduzida no ordenamento pelo Decreto nº 4.377/2002, e, em 1995 ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), que, por sua vez, foi integrada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 1.973/96.

Em 1998 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) recebeu a denúncia formulada por Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica, que sofreu duas tentativas de assassinato por parte de seu marido, vindo a ficar paraplégica em decorrência disso.

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

¹⁰⁰ Não por outro motivo, a Lei Maria da Penha dispõe em seu artigo 17 que “é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

Em 2001, ao julgar o caso, a OEA considerou que o Estado brasileiro descumpriu uma série de direitos assegurados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pela Convenção de Belém do Pará, de forma que foi recomendado que o Brasil adotasse diversas medidas a fim de garantir a responsabilização criminal do autor das agressões contra Maria da Penha, bem como garantir a responsabilização daqueles que contribuíram para a demora injustificável na tramitação do processo criminal (mais de quinze anos), além da reparação simbólica e material pelas violações aos direitos da vítima, especialmente a falha em garantir um recurso rápido e efetivo, o que acabou por impedir a oportuna ação de reparação e indenização civil. Por fim, a OEA recomendou que o Estado prosseguisse e intensificasse o processo de reforma da legislação, a fim de evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil.

Na tentativa de amenizar as críticas que partiam dos movimentos feministas internos e das Organizações Internacionais, foram promulgadas duas leis prevendo dispositivos específicos para o caso de violência doméstica.

A Lei nº 10.455, de 13 de maio de 2002, modificou o artigo 69 da Lei nº 9.099/95 para acrescentar uma medida cautelar que poderia ser aplicada pelo juiz, após a lavratura do Termo Circunstanciado, consistente no afastamento do autor do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima¹⁰¹.

A Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004, acrescentou ao artigo 129 uma nova modalidade de lesão corporal de natureza leve, que passou a configurar o crime de violência doméstica. Além disso, criou uma causa de aumento de pena para os crimes de lesão corporal de natureza grave e lesão corporal seguida de morte quando a “lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”¹⁰².

¹⁰¹ "Art. 69 (...) Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima."

¹⁰² "Art. 129(...) Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço)."

Essas duas leis, na opinião das feministas, não foram consideradas suficientes para resolver o problema da violência doméstica contra a mulher.

Em 07 de agosto de 2006, foi promulgada a Lei nº 11.340, que veio a ser conhecida como Lei Maria da Penha, criando “mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher”.

Dessa forma, o primeiro ponto a ser destacado é que a Lei Maria da Penha foi criada para coibir a violência doméstica e perpetrada apenas contra a mulher.

A Lei nº 11.340/2006 estabelece em seu artigo 5º que configura violência doméstica e familiar contra a mulher “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial¹⁰³”, desde que ocorra em três contextos, a saber:

No âmbito da unidade doméstica, entendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive aquelas que se encontram esporadicamente reunidas.

No âmbito da família, ou seja, da comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, quer sejam unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

E, por fim, no contexto de qualquer relação íntima de afeto, em que o agressor conviva ou tenha convivido com a mulher, independentemente de coabitação.

¹⁰³ O artigo 7º trata dos tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de forma não exaustiva:

“Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”.

A partir disso, pode-se concluir que não será toda violência doméstica que será punida, tampouco toda violência de gênero. Mas apenas a violência cuja vítima seja mulher, independentemente do sexo do agressor, e apenas a violência praticada no contexto doméstico e familiar.

Assim, Maria Berenice Dias entende que além dos casos em que a mulher é agredida pelo cônjuge, ou por quem tenha ou tenha tido relação de afeto, inclusive em relações entre lésbicas, a Lei Maria da Pena também se aplica aos casos de conflitos dos quais sejam vítimas mães, filhas, sogras, noras, irmãs, empregadas domésticas e até companheiras de quarto ou co-habitantes de repúblicas estudantis. Ou seja, qualquer mulher, desde que compartilhe algum tipo de laço doméstico ou familiar com o agressor ou agressora, independentemente de co-habitação, pode recorrer aos mecanismos de proteção especial garantidos pela Lei Maria da Pena¹⁰⁴.

Consequentemente, não serão protegidos pela Lei nº 11.340/2006 os indivíduos do sexo masculino, sejam eles crianças ou idosos, bem como ficam de fora da cobertura da lei os casais homossexuais do sexo masculino, ainda que um dos indivíduos desse casal desempenhe todos os papéis atribuídos normalmente ao gênero feminino.

Também não serão protegidas pela Lei Maria da Pena as mulheres reconhecidamente vítimas de violência de gênero, mas que não tenham sofrido a violência física, sexual, psicológica, patrimonial ou moral no âmbito das relações domésticas e familiares, como as vítimas de assédio sexual, vítimas de crimes contra a liberdade sexual, ou vítimas de tráfico de pessoas. Ressalte-se que nesses crimes, assim como na violência doméstica, a quase totalidade das vítimas é do sexo feminino.

Ou seja, a Lei Maria da Pena institui uma discriminação positiva em favor de mulheres, o que em si não é condenável, muito pelo contrário. É legítima a atuação estatal voltada à compensação dos prejuízos historicamente acumulados por determinados grupos que, por serem vítimas de preconceitos e discriminações, tiveram (e continuam tendo) negada toda sorte de oportunidades de crescimento e realização pessoal. Nesse sentido, a previsão constante do artigo 226, parágrafo oitavo, da Constituição Federal, estabelecendo que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, respalda a própria promulgação da Lei Maria da Pena.

¹⁰⁴ Nesse sentido, a Lei Maria da Pena tem aplicação bem mais extensa do que a *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, promulgada na Espanha, que incide apenas no caso de a mulher ter sido agredida por homem com quem seja ou tenha sido casada, ou unida sentimentalmente.

Sobre as ações afirmativas no âmbito das relações de gênero a CEDAW dispõe em seu artigo 4º que a “adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados”.

O que é criticável na Lei Maria da Penha não é que ela pretenda um tratamento diferenciado e especial para as mulheres, na medida em que elas sofram violência em decorrência do próprio fato de serem mulheres. Ações afirmativas que prevejam discriminações positivas são legítimas e constitucionais. O que é criticável é que, ao atrelar esse tratamento especial ao contexto doméstico e familiar, a Lei nº 11.340/2006 discriminou outros dois grupos:

No primeiro estão os indivíduos do sexo masculino, que também podem ser vítimas de violência doméstica, assim como podem ser igualmente vítimas do comportamento machista e patriarcal do agressor. No segundo grupo, estão todas as mulheres que também são vítimas da violência de gênero, mas uma violência que não está limitada ao contexto familiar e doméstico.

Maria Berenice Dias afirma que no caso do pai que agride uma filha e um filho, “pela agressão contra a filha, aplicam-se as medidas protetivas da Lei Maria da Penha. Já pela agressão contra o filho, se a lesão for de pequeno potencial ofensivo, incide a legislação dos Juizados Especiais. Fora isso, é de ser aplicado o Código Penal. Como uma das vítimas está ao abrigo da lei especial, não há duplicidade de processos. O processo deve tramitar no Juizado da Violência Doméstica. Mas com relação à vítima masculina, aplica-se a legislação dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95). Tal possibilidade não deve gerar surpresa e muito menos levar à subsunção de uma prática delitiva à outra”¹⁰⁵.

Isso não só é um despropósito, como lamentavelmente contribui à própria manutenção do ciclo da violência doméstica.

O homem que se autoatribui o poder de controlar a vida da mulher, da filha e da sogra, comumente também se sente no direito de exercer esse mesmo poder sobre os indivíduos masculinos da família. O poder patriarcal recai sobre todos os membros da unidade doméstica. Por outro lado, ainda que a violência física seja exercida somente sobre

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 58.

a esposa, é inevitável que os outros membros da família sofram outra sorte de violência, sobretudo a psicológica. A violência do pai sobre a mulher, e a frequente dificuldade que experimenta a mulher de reverter essa situação pode interiorizar nos filhos a imagem da mãe como uma pessoa passiva, fraca, medrosa. Não é de se estranhar que os filhos se acostumem a essa ordem de coisas e reproduzam isso mais tarde.

Além disso, não é descabido lembrar que um filho vítima de um pai agressor pode sofrer agressão com a mesma intensidade que sua irmã, contudo, tendo consciência do tratamento diferenciado que a lei lhes proporciona, pode introjetar em sua consciência a própria discriminação de gênero do qual foi vítima. Vai lhe parecer que, apesar da mesma violência ter atingido a ele e à irmã, o crime praticado contra esta merece maior reprovação. E se isso ocorre, é porque as mulheres precisam de maior proteção. E se é assim, não vai parecer estranho ao filho do agressor que os homens devam decidir o que é melhor para as mulheres, mais frágeis e fracas que são. E assim foi plantada a semente de um futuro agressor.

Sobretudo, não se pode nunca olvidar que para uma mãe é indiferente que as agressões do marido recaiam sobre um filho homem ou mulher. Se ela só tiver filhos homens, a violência contra eles praticada pelo pai é inquestionável fonte de violência psicológica contra a mãe.

Por outro lado, a Lei Maria da Penha estende o conceito de família às uniões homoafetivas, já que considera que as relações pessoais que configuram a relação doméstica e familiar independem de orientação sexual (artigo 5º, parágrafo único). Contudo, a lei não tutela a violência doméstica que possa ocorrer nessa relação quando o casal for constituído por indivíduos do sexo masculino. Ignora com isso que a construção das relações de gênero é um processo cultural, não necessariamente vinculado ao sexo biológico dos indivíduos. Em um casal homossexual formado por homens é perfeitamente possível que um deles desempenhe o papel normalmente atribuído à mulher em uma relação heterossexual e que desse fato decorra um desequilíbrio de poderes ensejador da violência doméstica.

Esses exemplos demonstram que o fenômeno da violência doméstica não está apenas associado ao sexo da vítima, mas aos papéis desempenhados pelos indivíduos que compõem a unidade familiar. O fenômeno da violência doméstica tem duas facetas: de um lado está a vítima, parte mais vulnerável na relação, que tanto pode ser uma mulher como

um homem, mas que, regra geral, é mulher¹⁰⁶. De outro está normalmente o homem, imbuído do poder patriarcal historicamente preservado, e que o Estado até bem pouco tempo fazia questão de endossar, garantindo que no ambiente doméstico o homem pudesse exercer livremente a extensão de autoridade estatal que lhe era transferida. Esse poder não se estende apenas sobre as mulheres, mas também sobre os filhos, sobre os ascendentes, sobre os empregados.

Ocorre que o próprio modelo de família vem se transformando, de forma que paralelamente à forma tradicional ainda existente, vemos crescer as famílias monoparentais lideradas por mulheres, assim como as famílias homossexuais. A construção social do gênero se adapta aos novos modelos, e os papéis são replicados em corpos independentemente de seus sexos.

Que as feministas não queiram admitir que o patriarcalismo machista não poupa vítimas do sexo masculino é algo que somente se pode compreender diante da necessidade de estruturar um discurso radical e cego às transformações sociais. Do contrário, o que se tem é o problema da violência doméstica tratado de forma parcial e negativamente discriminatória.

É preciso compreender que violência doméstica não é o mesmo que violência de gênero.

Muitas feministas brasileiras, contudo, parecem resumir a violência doméstica à uma dimensão da violência de gênero. Nesse sentido, Carmen Hein de Campos afirma que “a violência doméstica é uma expressão, é uma subcategoria da violência de gênero. A terminologia “violência doméstica” tem sido utilizada, no Brasil, como sinônimo de violência contra a mulher praticada por parceiros íntimos. (...) a legislação não pretendeu diminuir a dimensão da violência de gênero, mas reduzir a abrangência legal, circunscrever seu objeto, focalizando, nesse sentido, o fenômeno da violência doméstica (...). Essa perspectiva denota a intenção do legislador de retirar o “manto sagrado” que envolve as relações íntimas e mostrar que a violência doméstica é uma forma de discriminação contra as mulheres”¹⁰⁷.

A violência doméstica e a violência de gênero têm em comum um grupo bastante grande de vítimas: as mulheres que estão integradas a um contexto familiar.

¹⁰⁶ A realidade brasileira também nos mostra que é grande o número de famílias monoparentais, lideradas por mulheres. A violência doméstica, nesses casos, é comumente praticada por mulheres no desempenho de papéis masculinos.

¹⁰⁷ CAMPOS, Carmen Hein de. Lei maria da penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *RBCCrim*, nº 73, ano 16, julho-agosto 2008, p. 251-253.

Por outro lado, a violência doméstica atinge vítimas que não sofrem com a violência de gênero (pelo menos, não na sua concepção tradicional). São os indivíduos do sexo masculino mais vulneráveis, como as crianças, os idosos, uma das partes no casal homossexual masculino, ou, ainda, conforme o entendimento abraçado, até o empregado doméstico do sexo masculino (caseiro, jardineiro, motorista, etc.).

A violência de gênero, por sua vez, abrange as mulheres vítimas de violência doméstica e diversas outras mulheres, que exatamente em razão de serem mulheres, são vítimas de outra série de crimes, como o assédio sexual, o estupro, o tráfico de pessoas.

María Acale Sánchez esclarece que pela expressão violência de gênero quer-se referir àquela classe de violência que afeta os distintos gêneros pelo próprio pertencimento a eles e pelo papel que cada um desempenha tradicionalmente. Em particular, a violência contra a mulher por razão de gênero é uma expressão com a qual faz-se referência àquela classe de violência a que a mulher é submetida pela sua própria condição de mulher e pelo papel social que tradicionalmente lhe foi outorgado. Isso determina que, por um lado, o conceito de violência de gênero não esteja atrelado ao sexo do sujeito ativo mas, sim, ao do sujeito passivo, bem como ao papel que tradicionalmente se reconhece como dele; por outro lado, não se reduz ao mero contexto familiar, pois também fora deste existem claros exemplos desta classe de violência, como no âmbito laboral¹⁰⁸.

Nesse sentido, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher declara que entende por violência contra a mulher “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”, e que:

a) ocorra no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

b) ocorra na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e

c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ, María Acale. *Op. cit.*, p. 74.

Como se percebe, o conceito de violência de gênero vai muito além da noção de violência doméstica, que, por sua vez, não se resume a uma questão de gênero, nem está a ela completamente subsumida.

Portanto, a afirmação de que a Lei Maria da Penha não se aplica em hipótese alguma no caso em que a vítima seja de indivíduo do sexo masculino sustenta-se sobre um argumento que não é absoluto, afinal, a própria Lei Maria da Penha não se mostra como uma ação afirmativa voltada a beneficiar todas as mulheres, mas apenas um grupo entre elas.

Com isso, a lei não resolve globalmente o problema da violência doméstica, tampouco resolve globalmente o problema da violência de gênero. De forma que melhor seria se as feministas relativizassem um pouco seu discurso e admitissem que os benefícios da Lei Maria da Penha possam ser estendidos a outras vítimas que não do sexo feminino.

Aliás, a recém-promulgada Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, aproveitou para revogar um inciso que fora acrescentado pela Lei Maria da Penha ao artigo 313 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses em que será admitida a decretação da prisão preventiva.

A Lei Maria da Penha acrescentou ao artigo 313 o inciso IV, segundo o qual “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” poderá ser decretada a prisão preventiva.

O inciso IV foi revogado pela nova Lei nº 12.403/2011, que passou a prever, no inciso III, do artigo 313, que será admitida a prisão preventiva “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

Parece que o legislador entendeu possível o cabimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha também à criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência que seja vítima de violência doméstica. Se a jurisprudência acompanhar esse entendimento, a aplicação da Lei Maria da Penha começará a ser flexibilizada, em benefício não apenas da mulher.

Analisado esse ponto inicial, dos sujeitos e das hipóteses de violência tutelados pela Lei nº 11.340/2006, cumpre mencionar que a lei não prevê, apenas, medidas penais para o enfrentamento da violência doméstica. Pelo contrário, a maior parte dos dispositivos da Lei Maria da Penha trata das medidas a serem adotadas antes mesmo da instauração do

processo penal, bem como de outros dispositivos voltados à instalação de políticas públicas de combate à violência doméstica.

Todavia, o legislador não considerou suficiente essa série de medidas e houve por bem alterar expressamente alguns dispositivos do Código Penal, aumentando as hipóteses de reprimenda ou exasperando as já existentes nos casos de violência doméstica.

Como já mencionado, o artigo 42, da Lei Maria da Penha, acrescentou uma hipótese de decretação da prisão preventiva ao artigo 313, do Código Penal, qual seja, “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”¹⁰⁹.

Além disso, modificou o inciso II, alínea *f*, do artigo 61, do Código Penal, para incluir uma hipótese de circunstância agravante genérica, consistente na prática de crime “com violência contra a mulher na forma da lei específica”.

Por fim, ainda quanto às mudanças no Código Penal, a Lei Maria da Penha aumentou a pena do crime de violência doméstica previsto no parágrafo nono, do artigo 129, em que o agente pratica o crime de lesão leve “contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. A pena, que era de seis meses a um ano, passou a ser de três meses a três anos.

No parágrafo onze, do mesmo artigo 129, do Código Penal, a Lei Maria da Penha acrescentou à hipótese do parágrafo nono uma causa de aumento de pena (de um terço) se o “crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência”.

Além disso, o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 estabelece que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não será aplicada a Lei nº 9.099/1995. Essa previsão constitui, provavelmente, a mais polêmica alteração da Lei Maria da Penha porquanto implica que ao acusado de violência doméstica não sejam garantidos todos os benefícios previstos na Lei dos Juizados Especiais, criando uma situação de desigualdade entre os acusados pelos mesmos crimes, com base no sexo da vítima e na relação que se tenha com ela¹¹⁰.

Em que pese a polêmica suscitada na doutrina, a maior reprovação nos crimes praticados com prevalecimento das relações domésticas e familiares é válida e legítima,

¹⁰⁹ Como mencionado acima, esse inciso foi revogado pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.

¹¹⁰ O Supremo Tribunal Federal já se manifestou afirmando a constitucionalidade desse dispositivo, nos autos do *Habeas Corpus* nº 106212, julgado em 24.03.2011.

desde que, entre as próprias vítimas da violência doméstica não sejam criadas hierarquias e privilégios, como lamentavelmente fez a Lei Maria da Penha.

Contudo, o que é preciso analisar com maior rigor é se o estímulo à confiança na maior punição dos agressores domésticos redundará em uma expectativa válida a incutir-se na mulher vítima de violência doméstica. Isso porque, uma análise mais acurada da complexidade desse fenômeno pode mostrar que o direito penal, por diversos motivos, não se mostra o meio mais apropriado à solução dos problemas da mulher.

Nesse sentido, ainda antes da entrada em vigor da Lei Orgânica nº 1/2004, de 28 de dezembro, que na Espanha instituiu um conjunto de medidas de proteção integral contra a violência de gênero, Elena Larrauri desenvolveu uma interessante análise das causas que levam a mulher a retirar a denúncia feita contra o agressor às autoridades competentes para apurar e punir o crime¹¹¹.

A autora adverte que uma maior criminalização não comporta uma maior proteção e, por conta disso, a discussão deveria ser acerca da *melhor forma* de conseguir a proteção das mulheres frente a comportamentos violentos. Em ocasiões nas quais são empreendidas reformas penais para proteger as mulheres, tem sido comum buscar esta proteção simplesmente com a redação de mais tipos penais ou com o endurecimento das penas dos crimes já existentes. Contudo, segundo a autora, clamar pela intervenção do sistema penal implica, pelo menos, duas questões: articular um processo penal que possa atender às necessidades da mulher (de proteção, de ordem econômica e de participação no próprio processo); e estabelecer um direito penal que ofereça respostas às diversas demandas que venham a surgir por parte das vítimas.

Se apenas são criados novos delitos ou exasperadas as penas dos tipos já existentes, acaba-se por instigar na mulher uma falsa esperança de que sua situação irá melhorar, expectativa que logo se mostra irreal pelos próprios limites do sistema penal.

Larrauri observa que, apesar de ser legítima a pretensão dos grupos feministas de recorrer ao direito penal para tratar da violência doméstica, existem sérios riscos decorrentes dessa escolha da intervenção penal. Dentre eles, destacam-se três:

Um primeiro risco consiste na inevitável contaminação que o direito penal causa à compreensão dos fenômenos sobre os quais passa a incidir, cujas consequências podem ser prejudiciais à mulher. Como exemplo, Larrauri argumenta que a denúncia do crime, que deveria ser vista como um meio para a solução do problema passa a ser um objetivo em si

¹¹¹ LARRAURI, Elena. Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias? In: *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*. Montevideo: B de F Editorial, 2008, p. 95-132.

mesmo. Esse efeito é observável a partir das campanhas dirigidas à mulher, para que denunciem a violência. Por um lado, essas campanhas responsabilizam implicitamente a mulher pela sua situação, uma vez que enfatizam a importância da sua iniciativa, como se dependesse da conduta da mulher a cessação da violência. Por outro lado, as insistir que a mulher denuncie, que ela recorra ao sistema penal, como se isso fosse a solução para os maus tratos que ela está sofrendo, acentua-se como único caminho aquilo que, na verdade, é apenas uma estratégia da mulher no intento de livrar-se da violência doméstica. Dessa forma, na opinião da autora, a insistência na denúncia como “objetivo” resulta que nesse campo, assim como no caso da violência sexual, aquela que não denuncia ou demora em fazê-lo acaba sendo percebida como alguém que implicitamente tolera a situação.

Outro efeito negativo que pode ocorrer ao se tentar resolver o problema da violência doméstica pelo sistema penal é que este reconhece apenas uma forma de comportamento como convencional e costuma etiquetar os outros comportamentos como desviados ou incompreensíveis. Assim, o sistema penal pode favorecer a criação de estereótipos que prejudiquem as mulheres, como o mito da irracionalidade feminina que supostamente dá causa às retratações e desistências dos processos com vistas à uma reconciliação ou redução da violência experimentada, ou a percepção da mulher como alguém que denuncia apenas para obter vantagens sobre o homem, ou, então, pode-se assinalar o absurdo do comportamento da mulher que segue com um processo contra o agressor, mas que dele não quer se separar. Dessa forma, é inevitável que a mulher que se submeta ao sistema penal não acabe, de alguma forma, vinculada à alguma etiqueta negativa.

Um terceiro efeito negativo é que ao se insistir para que a mulher denuncie e aposte na solução do seu problema pela via penal, cria-se uma alta expectativa que logo gerará inevitável frustração, que, por sua vez, tem efeitos simbólicos e reais na medida em que a mulher não apenas se dá conta da ineficácia e insuficiência do processo penal, como transmite essa desesperança a outras mulheres.

O direito penal não responde satisfatoriamente às necessidades da mulher vítima de violência doméstica por diversas razões, e disso decorrerá sua inevitável frustração.

Na opinião de Larrauri, se comparado a outros tipos de intervenções sociais, o direito penal pode contribuir muito pouco no que toca ao combate de um dos principais fatores que determinam a permanência da mulher no contexto da violência doméstica.

A autora parte do pressuposto evidente de que uma mulher que possua independência econômica, recursos para encontrar um emprego, acesso à habitação e

possibilidade de sustentar seus filhos está em melhores condições para frear qualquer tipo de agressão que receba de seu companheiro¹¹². Assim, a partir do momento em que se incentiva a mulher a confiar no direito penal, deveriam ser oferecidos a essa mulher mecanismos concretos para solucionar aquilo que Larrauri crê ser o maior motivo para que ela suporte os maus tratos: a dependência econômica. Na medida em que o direito penal não faz isso, não deveria parecer estranho, tampouco deveriam ser suscitadas acusações acerca da irracionalidade da mulher, o fato de ela recorrer ao sistema penal em casos de extrema urgência e, tão logo o risco se afaste, retirar a denúncia.

Outra razão para que a mulher não encontre no direito penal a solução que precisa para o problema da violência doméstica está nos limites da aplicação das medidas de proteção da vítima. Em que pese a importância de sua previsão legal, como o faz a Lei Maria da Penha, nem sempre as medidas são aplicadas e, quando o são, seu controle de cumprimento pode não ser suficiente, de forma que a vítima fica vulnerável às pressões do agressor para que retire a denúncia.

Essa pressão exercida pelo agressor é um dos principais argumentos a favor da proibição da vítima de se retratar. Ao se retirar dela o direito de dispor da persecução penal, atribuindo ao órgão acusatório a legitimidade para mover o processo, deixaria de existir, em tese, motivo para que o agressor ameaçasse a vítima, obrigando-lhe a retirar a denúncia¹¹³.

O problema é que, ao negar à mulher esse poder, também lhe é anulado um importante instrumento de negociação com o agressor. Larrauri ressalta que as vítimas recorrem ao sistema penal nem sempre pleiteando um castigo, em diversas situações elas são movidas por razões instrumentais, pois o sistema penal é um elemento a mais dentro das múltiplas estratégias que podem ser usadas na negociação com o agressor em busca de uma situação mais favorável à vítima.

Ocorre que o direito penal mostra-se mais interessado em servir à sua própria lógica interna do que servir às vítimas, obrigando-as a ser parte em um processo que, depois de

¹¹² A autora acrescenta: "... parece evidente que un Estado auténticamente preocupado por la vida e integridad de las mujeres debería destinar más recursos a conseguir que *todas* las mujeres estén en igualdad de condiciones. Combatir la posición de inferioridad en la que está la mujer, por diferentes sueldos, distinta distribución de cargas familiares, por impago de pensiones alimenticias en casos de separación, etc., es combatir la posibilidad de que toda mujer se encuentre en situación de tener que suportar una situación de malos tratos". LARRAURI, Elena. Por qué las mujeres... *Op. cit.*, p. 102.

¹¹³ A Lei Maria da Penha limitou esse direito da mulher, mas não o retirou completamente. Segundo o artigo 16, nas ações penais públicas condicionadas à representação "só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público".

um tempo, pode não mais lhes ser necessário ou desejado, ao contrário, pode passar a ser, inclusive, um estorvo.

Assim, outro descompasso entre as necessidades da mulher e o direito penal encontra-se na tendência a desrespeitar a autonomia da mulher, cujos interesses passam a ser tutelados pelo Estado ainda que contra a sua vontade, e supostamente em nome da proteção da sociedade.

Por outro lado, ainda que a mulher deseje seguir com o processo até a condenação, pode acontecer que ela também queira prosseguir com a relação que tem com o agressor, porque, no fundo, seu objetivo ao recorrer ao sistema penal foi cessar a violência, mas não a relação do casal. Para Larrauri, o mero agravamento das penas que vem sendo adotado não responde satisfatoriamente a esse tipo de situação¹¹⁴.

Larrauri ainda menciona que o processo penal, em especial, costuma ignorar as necessidades da mulher. Seja quando não garante sua efetiva integração como parte no processo¹¹⁵, seja quando a palavra da vítima passa por um crivo rigoroso para ser admitida como única prova, seja quando se ignora que a vítima passa por seguidos processos de elaboração da violência, por meio dos quais diferentes versões para os fatos são concebidas¹¹⁶ e, por conta disso, o depoimento da mulher é qualificado como inverossímil.

Por tudo isso, é preciso cautela ao se apontar a via do direito penal como solução para o problema da violência doméstica experimentado pela mulher.

5.2.4 LEI Nº 12.015, DE 07 DE AGOSTO DE 2009

O resultado de trabalho de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para investigar o fenômeno da violência e das redes de exploração sexual de crianças e

¹¹⁴ “El problema no consiste en aumentar las penas, puesto que esta respuesta, al margen de la opinión que nos merezca, no satisfará a las víctimas que desean seguir conviviendo con su agresor. La solución estriba, a mi juicio, en usar los mecanismos de que dispone el sistema penal para intentar, precisamente, realizar lo que la víctima pide, ayudarla a que su agresor cambie”. LARRAURI, Elena. Por qué las mujeres... *Op. cit.*, p. 129.

¹¹⁵ Para evitar que isso ocorra a Lei Maria da Penha acertadamente prevê que no artigo 27 que “em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19”.

¹¹⁶ Larrauri menciona que “el sistema penal tiende a creer que las sucesivas reelaboraciones son prueba de la inverosimilitud de la declaración, tiende a primar la primera versión, como si ésta fuera la “no elaborada”, olvidando, como señala esta autora [Scheppele], que no hay percepción sin concepción, y que la mujer ofrece cuando aún se está culpando a sí misma, por lo que no puede considerarse más verdadera que la segunda, que puede responder a un cambio de percepción producto, por ejemplo, del apoyo jurídico, psicológico o emocional que ha recibido”. LARRAURI, Elena. Por qué las mujeres... *Op. cit.*, p. 115.

adolescentes no Brasil¹¹⁷ foi a principal motivação dos legisladores pátrios para a aprovação da maior reforma havida no tocante aos crimes sexuais previstos pelo Código Penal de 1940.

Constou da Justificação do Projeto de Lei nº 253/2004, apresentado ao Senado, o seguinte:

“Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época do exercício autoritário de poder – a primeira metade dos anos 40 – e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes, resultando, nesse caso, no descumprimento do mandamento constitucional contido no art. 227, § 4º, de que ‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’”¹¹⁸.

Ao dar encaminhamento à votação do Projeto no Senado, depois da apresentação das propostas de emendas, a Senadora Patrícia Saboya mencionou em seu discurso:

¹¹⁷ A CPMI foi instaurada após requerimento protocolado em 14/05/2003. Foi nomeada como presidente da Comissão a Senadora Patrícia Saboya Gomes e como relatora a Deputada Maria do Rosário. Ambas foram responsáveis pela aprovação do Projeto de Lei em suas respectivas Casas, a partir do relatório elaborado pela CPMI, no qual constava um agradecimento às pessoas motivadoras daquele trabalho, quais sejam, “todas as crianças e adolescentes brasileiros, de todas as raças, etnias e classes sociais, mas muito em especial àqueles que foram ou são vítimas dessa forma de degradação humana que é a exploração sexual”. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=56335&tp=1>>. Último acesso em 28/abr/2011.

¹¹⁸ Diário do Senado Federal nº 146, publicado em 14/set/2004, p. 29238. Como o Projeto de Lei nº 253/2004, originário do Senado, tramitou paralelamente ao Projeto de Lei nº 117/2003 (ou Projeto de Lei nº 103/2003, no Senado), ambos chegaram a abordar simultaneamente algumas discussões de interesse das mulheres, tais como as menções que ainda constavam no Código Penal quanto à “mulher honesta” ou à “mulher virgem”, temas que posteriormente foram afastados do Projeto de Lei nº 253/2004, dada a tramitação mais célere do Projeto de Lei nº 117/2003, que deu origem à Lei nº 11.106/2005. Todavia, é inegável que o foco do Projeto de Lei nº 253/2004 estava voltado principalmente ao problema da exploração sexual de menores, o mesmo não se podendo afirmar quanto ao Projeto de Lei nº 117/2003, cujo propósito era, como visto, a promoção da igualdade de gênero. Além disso, naquele Projeto foram propostas alterações muito mais profundas no Código Penal, sobre as quais os legisladores optaram por não se debruçar quando da aprovação do Projeto nº 117/2003.

“O que votaremos agora são alterações ao Código Penal, um código antigo, construído em 1940. Naquela época, a mentalidade do legislador estava voltada para tutelar a moral sexual. O Brasil de hoje exige, entretanto, que as normas sejam direcionadas para a proteção da integridade física e psíquica das pessoas e do direito ao exercício de sua sexualidade de maneira saudável e plena. Foi para acompanhar a evolução da sociedade nos últimos 60 anos que a CPMI resolveu propor todas essas mudanças”¹¹⁹.

A Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009 representa, inegavelmente, uma evolução na legislação brasileira, em que pese o avançado da hora.

Um dos principais exemplos dessa evolução veio com a mudança do Título VI, do Código Penal de 1940, cuja rubrica original era “Dos crimes contra os costumes”, e que passou a ser denominado “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

A substituição do título “Dos crimes contra os costumes” constitui um grande avanço na medida em que simboliza o abandono da noção, por muito tempo vigente, de que o Direito Penal deve ser usado como instrumento para garantir a tutela daqueles comportamentos social e culturalmente construídos como mais adequados, em conformidade com uma pretensa moral coletiva que dita os hábitos que mereceriam ser tutelados, reforçando, assim, padrões de comportamento, tradições e preceitos morais, historicamente pregados por elites arraigadas em preconceitos, machismos e dogmas religiosos¹²⁰.

A doutrina parece estar toda de acordo quanto a esse avanço. O mesmo não se pode dizer acerca da nova rubrica que recebeu o Título VI, do Código Penal. Estamos com Alberto Silva Franco, para quem:

“em matéria de sexualidade enquanto componente inafastável do ser humano, não se cuida do sexo digno ou indigno, mas tão-somente de sexo realizado com liberdade ou sexo posto em prática mediante violação ou

¹¹⁹ Diário do Senado Federal nº 12, publicado em 02/mar/2005, p. 03659.

¹²⁰ Não se trata de uma idéia original do legislador brasileiro. Na verdade, com um atraso de mais de 40 anos, seguiu-se, enfim, a tendência já desenhada no estrangeiro de abandono da tutela penal da moral. Como já analisado, o marco inicial desse movimento se deu na década de 1960, na Alemanha, quando um grupo de jovens penalistas se reuniu para preparar aquele que ficou conhecido como Projeto Alternativo (*Alternativentwurf*), em oposição ao projeto de 1962, de cunho governista e conservador, então em andamento. O Projeto Alternativo, que se debruçou especialmente sobre o Direito Penal sexual, propôs diversas reformas inovadoras e liberalizantes, propostas que serviram de respaldo às descriminalizações iniciadas em 1969, com a 1ª Lei de Reforma Penal.

coação, ou seja, com um nível maior ou menor de ofensa à autodeterminação sexual do parceiro. Destarte, toda lesão à liberdade sexual da pessoa humana encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração na área penal”¹²¹.

Com efeito, diante da nova perspectiva alcançada pelo Direito Penal sexual brasileiro, o propósito da tutela penal foi deslocado para o próprio indivíduo e não mais a uma ordem geral dos costumes, do pudor coletivo, da moral social. Deixou de ser cabível a punição de condutas que apenas atentem contra valores morais supostamente relevantes à coletividade. Impõe-se a criminalização de condutas que causem dano concreto ao indivíduo, na específica seara da liberdade e da autodeterminação sexual¹²².

¹²¹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2: parte especial*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 3059. No mesmo sentido, DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Op. cit.*, p. 691. Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci alega que “a alteração do Título VI foi positiva, passando a constar “Dos crimes contra a dignidade sexual”. *Dignidade* fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo *sexual* insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (art. 5º, X, CF), além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e a opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 14. Também favoráveis à nova terminologia, Alessandra Orcesi Greco e João Daniel Rassi afirmam que tal alteração “aproxima o Direito Penal dos padrões contemporâneos de *moralidade política* vigentes nas democracias liberais, cuja normatividade se baseia em dois pontos principais: a ampliação das esferas de autonomia e liberdade individuais, por um lado, e o aumento da tolerância entre os diversos grupos no convívio social, por outro”. Os autores argumentam que a dignidade sexual, especificidade que é da dignidade de pessoa humana, pode ser “identificável em dois planos distintos: a dignidade individual, ligada ao exercício de sua autodeterminação de vontade sobre a manifestação de sua própria sexualidade e, em outro plano, numa dignidade social (sexual), no sentido do direito ao exercício de coexistência que implica no regime em que há na sociedade um consenso sobre a publicidade da conduta sexual”. Dessa forma, para estes autores, decorre dessa dignidade social (sexual) que “quando o comportamento sexual se dá em lugar diverso do privado, sua punição se justifica em nome justamente da autonomia individual, seja dos adultos que não têm obrigação ou que não consentem em presenciar exibições de sexualidade alheia, seja de crianças ou outras categorias de pessoas vulneráveis”. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 67-68.

¹²² Nesse sentido, observa Vera Lúcia Raposo: “Se durante largos séculos o sexo esteve intimamente conotado com a moral – com uma certa concepção moral, vigente em determinada comunidade, em dado momento histórico – hodiernamente compreende-se que se trata de uma realidade multifacetada, que enquanto meio de realização da pessoa humana não pode continuar acorrentado a uma moral castradora e puritana. As crenças e os valores morais evoluem tão rapidamente que não fornecem sustentáculo seguro à criminalização de qualquer conduta, muito menos de cariz sexual. Comportamentos considerados aberrantes no passado – homossexualidade, bissexualidade – tornaram-se paulatinamente mais aceites. Valores como a honestidade, o pudor, os bons costumes poderão ter a sua valência noutros horizontes dogmáticos, mas não no jurídico, mormente no criminal”. RAPOSO, Vera Lúcia. *Da moralidade...* *Op. cit.*, p. 960.

Nesse sentido, a idéia que respalda a nova rubrica do Título VI, a de proteção da dignidade sexual, não representa com absoluta clareza esse movimento de evolução do Direito Penal sexual. Com efeito, tratando-se do campo da sexualidade, parece ser difícil estabelecer quais condutas violam ou não a dignidade sexual de cada indivíduo, porque isso depende de um importante componente subjetivo. E ainda que seja possível delimitar a percepção que cada pessoa tenha daquilo que agride, ou não, a sua dignidade sexual, partindo do senso comum que se pode ter a respeito, não parece que nesses imprecisos limites deva se justificar a atuação do Direito Penal sexual¹²³, porquanto o terreno da dignidade sexual se mostra muito maleável¹²⁴.

Mais apropriada parece ter sido a escolha do Código Penal português, que trata em seu Capítulo V “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, prevendo nas duas primeiras secções subsequentes os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual. A noção de autodeterminação sexual inclui e vai além da que se tem por liberdade sexual. Naquela, estaria tutelado o direito do menor ao livre e adequado desenvolvimento de sua sexualidade, reconhecendo-se que ele ainda não tem maturidade nem discernimento para o livre exercício de sua liberdade sexual, do que normalmente decorre a invalidade do seu consentimento, ou mesmo a presunção de violência¹²⁵.

À parte as relevantes e polêmicas discussões existentes em torno de qual seria o bem jurídico que o Direito Penal sexual pretende proteger, e após a análise daquele que foi eleito pelo legislador brasileiro, voltamos agora a nossa atenção aos reflexos dessas mudanças na promoção da igualdade entre os sexos.

¹²³ Até mesmo porque um indivíduo pode consentir com práticas sexuais em um primeiro momento e, posteriormente, concluir que aquela conduta já realizada, ainda que consentida, repercutiu negativamente sobre a sua própria percepção de dignidade, fazendo-o se sentir arrependido, manipulado, pervertido, culpado, etc., conforme o contexto em que se deu a relação. São consequências que podem decorrer de qualquer relação sexual consentida entre adultos, e que podem gerar toda sorte de questionamentos pessoais e interpessoais, mas que nunca deverão autorizar a intromissão do Direito Penal, muito embora possa se verificar algum tipo de ofensa à dignidade sexual.

¹²⁴ Sobre a percepção da dignidade humana, observa Renato de Mello Jorge Silveira que “Em uma sociedade plural e multifária como a atual, parece que a proteção e a defesa da dignidade da pessoa humana são a meta última a ser alcançada. Essa percepção de *dignitas-hominis* não é de fácil constatação. Ao longo da história, a dignidade humana foi ofendida em muitos aspectos, postando-se, no entanto, como limite e fundamento político. Os valores por ela representados, com ápice ético da personalidade ou denominador comum aos homens e mulheres, são interpretados de maneira tão diversa quanto possível. Dela se diz, como princípio, como valor, como qualidade inerente ao ser humano, como decorrente de traços peculiares do homem, como fundamento de autodeterminação, liberdade, razoabilidade ou felicidade...”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.* p. 165.

¹²⁵ Cf. Jorge de Figueiredo Dias. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. In: Comentário conimbricense do código penal. Parte especial.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999, t. I, p. 442.

Para tanto, é preciso compreender o potencial de que dispõe o Direito Penal sexual para influenciar a condição da mulher na sociedade.

O Direito Penal é um mecanismo de manutenção das relações de poder existentes no seio social. Por meio do controle das condutas humanas, entre as quais se incluem os atos sexuais, o Direito Penal garante a proteção das instituições tradicionais que estruturam a sociedade¹²⁶.

A família é a instituição que, em última instância, tem sido protegida pela retórica que historicamente sustentou a tutela jurídica penal da moral e dos bons costumes no campo do comportamento sexual humano.

Como analisado anteriormente, o androcentrismo relegou a mulher ao papel de reprodutora, zeladora do lar e responsável pelos cuidados dos descendentes e ascendentes. A família era tida, por excelência, como único âmbito de atuação e realização da mulher.

Dessa forma, pode-se compreender que o Direito Penal sexual tenha afirmado, por tanto tempo, que somente seriam dignas de proteção a mulher honesta ou a mulher virgem, que a violação encontraria maior reprimenda quando a vítima fosse uma mulher, que seria extinta a punibilidade do agente com o casamento da vítima de crime sexual ou que seria assegurado o direito do marido de obrigar sua esposa a ter com ele relação sexual, mesmo que contra a vontade, por força do acordo matrimonial¹²⁷.

Por trás desses comandos estava não somente a concepção da mulher como um ser frágil e indefeso, carente de tutela especial, como a intenção de mantê-la exercendo seu papel de reprodutora, de garantir a oferta de mulheres virgens à disposição dos homens, de preservar a pureza da linha sucessória e, assim, reforçar as instituições do casamento e da família¹²⁸.

¹²⁶ Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi asseveram que “a conduta sexual é uma fonte suficientemente poderosa e explosiva ínsita a todo ser humano em qualquer meio social, para que alguma sociedade possa permitir a sua absoluta liberdade. Assim, ao longo da história, para impor limites ou reprimir tal manifestação humana, as comunidades têm se valido da combinação de diversos mecanismos de controle social, como as leis, a moral e a religião. (...) Por trás das formas de controle social da sexualidade, como forma de repressão, estão sempre ocultas as relações de poder, tais como o controle social da religião sobre os fiéis, do Estado sobre os cidadãos, dos pais sobre os filhos, dos homens sobre as mulheres, etc. Isso porque o exercício do poder de repressão da sexualidade não apresenta suas consequências somente em relação à conduta sexual individual. Também reflete na maneira pela qual as instituições crescem e se desenvolvem. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Op. cit.*, p. 6.

¹²⁷ Vera Lúcia Raposo comenta acerca do Código Penal português que “no contexto de um ordenamento jurídico perpassado por um forte étimo moralista, a diferenciação de sexos impunha-se como forma de salientar que a conduta sexual da mulher deveria, segundo os ditames morais, ser severamente mais reprimida do que a conduta masculina”. RAPOSO, Vera Lúcia. *Da moralidade... Op.cit.*, p. 934.

¹²⁸ Nesse sentido, aprofunda Vera Regina Pereira de Andrade: “A proteção é da moral sexual dominante e não da liberdade sexual feminina que, por isso mesmo, é pervertida (a mulher que diz “não quer dizer talvez, a que diz talvez quer dizer “sim”). Pois o sistema penal é ineficaz para proteger o livre exercício da sexualidade feminina e o domínio do próprio corpo. Se assim o fosse, todas as vítimas seriam consideradas

A partir do momento em que a mulher passou a assumir novos papéis sociais, o Direito Penal foi se tornando anacrônico. Em outras palavras, os Códigos Penais refletiam uma concepção de mulher que deixou de fazer sentido, ante as novas posições sociais conquistadas pelas mulheres, muito além dos limites domésticos e da família.

Paralelamente, a disseminação de métodos anticoncepcionais mudou a dinâmica das relações sexuais, que mais dissociadas da função reprodutiva, puderam ser vivenciadas de forma mais libertária pelas mulheres¹²⁹.

Assim como todos os direitos que passaram a ser pleiteados em igualdade tanto para homens, como para mulheres, também a liberdade sexual teve que ser estendida à outra metade da população.

Acompanhando essa onda de mudanças, cujos fatores estavam, de certo modo, todos interligados, o Direito Penal sexual passou por uma reformulação de forma a abandonar qualquer sorte de preceito moral em nome dos bons costumes. O foco agora deveria recair tão-somente sobre o indivíduo, mulher ou homem, efetivamente lesado no seu direito de dispor livremente do seu corpo e, assim, dar vazão à sua sexualidade como bem entendesse, assegurando-se, em todo caso, a proteção daqueles que, em razão da menor idade ou qualquer vulnerabilidade, não possuíssem tal liberdade sexual¹³⁰.

iguais perante a lei e o acento seria antes no fato crime e na violência que na conjunção carnal. Não é à-toa que ocorra o inverso. A sexualidade feminina referida no coito vaginal diz respeito à reprodução. E a função reprodutora (dentro do casamento) se encontra protegida sob a forma da sexualidade honesta, (que é a mulher comprometida com o casamento, a constituição da família e a reprodução legítima) se protege, latentemente, a unidade familiar e, indiretamente, a unidade sucessória (o direita da família e sucessões) que, em última instância, mantém a unidade da classe burguesa no capitalismo". ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? In: DORA, Denise Dourado (Coord.). *Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1997, p. 121.

¹²⁹ Esse fato foi ainda potencializado pelo contexto da Revolução Sexual ocorrida a partir da década de 1960. Sobre esse fenômeno, Alessandra Orcesi Greco e João Daniel Rassi sintetizam suas principais consequências: "... uma alteração do estereótipo masculinidade/feminilidade e seus respectivos papéis; maior instabilidade e *psicologização* das relações conjugais; novas atitudes liberais em relação ao corpo e às emoções, buscando maior qualidade de vida; maior tolerância social às diferenças e ao inconformismo individuais, respeitando-se a opção das minorias e também maior tolerância ao sexo pré-marital e o rechaço ao duplo padrão de moralidade entre homem e mulher; o enfraquecimento do controle familiar institucional sobre a sexualidade do adolescente, que passou ao amadurecimento sexual mais precoce, principalmente nos países industrializados; a evolução das técnicas anticoncepcionais, libertando a mulher da gravidez indesejada; e, por fim, a educação sexual, que proporcionaram, portanto, profunda alteração nas atitudes e comportamentos sexuais". GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Op. cit.*, p. 16.

¹³⁰ José Luis Díez Ripollés afirma que a consolidação da liberdade sexual como bem jurídico protegido nos crimes sexuais "constituye un avance indudable, y no solo porque ha supuesto el reconocimiento de la sexualidad como una dimensión trascendental de la autorrealización personal y ha hecho surgir el derecho igual de toda persona a ejercer su opción sexual en libertad, sino porque ha implicado la ruptura con los roles culturales tradicionales asignados a la mujer a la hora de ejercer su sexualidad, que se encontraban íntimamente entrelazados con la ya superada tutela de la moral sexual colectiva". RIPOLLÉS, José Luis Díez. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Julio 2000, nº 6, p. 95.

Por tudo isso, ao limpar do Direito Penal sexual as referências à moral e aos bons costumes acabou-se por retirar do seu foco quem sempre ali esteve: a mulher, fosse ela honesta, virgem ou prostituta. Afinal, o controle da sexualidade pelo Direito Penal sempre esteve vinculado, direta ou subliminarmente, ao próprio controle da mulher, ainda que estivesse no papel de vítima¹³¹.

A adaptação do Código Penal brasileiro a essa nova realidade vivenciada pela mulher a partir das últimas décadas do século XX teve início com a promulgação da Lei nº 11.106/2005, quando, como já visto, foram retirados do texto as expressões “mulher honesta”, “mulher virgem”, etc..

A Lei nº 12.015/2009 foi resultado de um intento mais amplo e profundo, pelo qual se pretendeu não apenas mudanças pontuais, mas toda a reestruturação do Título concernente aos crimes sexuais, adequando-o ao novo bem jurídico, então desatrelado de valores morais. Com isso, nova revisão foi feita nos tipos penais, na tentativa de torná-los neutros quanto ao gênero dos sujeitos envolvidos.

A Lei dos Crimes Contra a Dignidade Sexual enfrentou questão polêmica, cuja discussão já fora sugerida quando da aprovação da Lei nº 11.106/2005, mas que naquela oportunidade os legisladores preferiram deixar passar. Trata-se da equiparação das condutas previstas nos tipos dos artigos 213 e 214, conforme a redação anterior à nova lei.

Originalmente, o artigo 213 do Código Penal de 1940 versava apenas sobre o crime de estupro, que consistia na conduta de constranger mulher à prática de conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Previa neste caso a pena de reclusão, de três a oito anos.

O artigo 214, por sua vez, tratava do crime de atentado violento ao pudor, configurado pelo ato de quem constrangesse alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. A pena prevista era de reclusão, de dois a sete anos.

¹³¹ Vera Regina Pereira de Andrade menciona: “Há, assim, uma lógica específica acionada para a criminalização das condutas sexuais – a que denomino “lógica da honestidade” – que pode ser vista como uma sublógica da seletividade na medida em que consiste não apenas na seleção estereotipada de autores mas também na seleção estereotipada das vítimas, relacionalmente. E esta é assentada, nuclearmente, na reputação sexual. De modo que o referencial para a distribuição da vitimação sexual feminina é a moral sexual dominante simbolizada no conceito de “mulher honesta”, só aparentemente vago. Trata-se, pois da vitimação seletiva das mulheres obedecendo à proteção seletiva do bem jurídico moral sexual: só a moral das “mulheres honestas”, maiores ou menores de idade, é protegida”. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Op. cit.*, p. 119.

A razão de ser do tratamento em separado das formas de penetração, prevendo-se reprimendas diferentes, foi analisada pela doutrina penal e, em larga medida, pela Teoria Feminista do Direito.

Objetivamente, o discurso oficial sustentava que a maior repressão do estupro se justificava pela possibilidade da conjunção carnal provocar uma gravidez¹³². Assim, proteger-se-ia a função reprodutiva legítima, devidamente amparada pelo matrimônio¹³³.

Outras versões foram apresentadas ou, melhor seria dizer, foram denunciadas pelas feministas. Na verdade, decorrência do patriarcalismo, o crime de estupro seria mais gravemente punido por implicar na desvalorização da mulher perante a sociedade¹³⁴.

Desvalorizada, porque a mulher se tornava um “peso morto” para o pai, que contaria, então, com reduzidas chances de conseguir um bom casamento para a filha. Desvalorizada, porque, sendo casada, o estupro importaria em grave desonra ao seu marido

¹³² Nélson Hungria representa claramente esse discurso oficial: “O valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que a mulher, de modo que, em princípio, não se justifica, para o tratamento penal, a equiparação dos dois casos. Quando tal violência contra a mulher resulta na cópula vagínica, e ainda que não se trate de *virgo intacta*, pode acarretar o engravidamento, conseqüência tão grave, no caso, que a lei autoriza a prática do aborto (Código Penal, art. 128, nº II), embora este represente um sério perigo à saúde, quando não à vida da paciente. Pode ser menos vexatória ou repugnante à violentada a cópula normal do que a anormal, mas as conseqüências lesivas daquela podem superar, em gravidade, as desta”. HUNGRIA, Nélson. *Op. cit.*, p. 117.

¹³³ SABADELL, Ana Lúcia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. *RBCrim*, ano 7, nº 27, julho-setembro, 1999, p. 88.

¹³⁴ Nesse sentido, Carol Smart assevera que “historically women have always been treated as the property of their fathers or husbands in legal statute. The severe penalty for rape which was (and is) not always implemented was a punishment for the defilement of another man’s property rather than a form of protection for women or a recognition of women’s rights over their own bodies. It is significant also that historically the rapist was not the only person who was punished for in many cases the victim also lost her life or suffered a loss of esteem and the chance to marry”. SMART, Carol. *Women, crime and criminology. A feminist critique*. London: Routledge & Kegan Paul, 1976, p. 78. Vera Lúcia Raposo, acerca da especialização do artigo 164º (violação) em relação ao artigo 163º (coação sexual), ambos do Código Penal português, afirma que ela “poderá ter residido no entendimento tradicional da cópula como a causa de uma conseqüência necessária: a gravidez da mulher. Segundo este entendimento, a cópula forçada, nomeadamente quando realizada com mulher virgem ou mulher casada com outrem que não o agente da cópula, traduz-se num atentado ao sentimento de pudor geral e concomitantemente a um direito de propriedade alheio e desonra do proprietário. Pois se as mulheres eram objecto de propriedade masculina, podendo os homens fazer delas o que bem lhes aprouvesse, qualquer estranho que usufruísse da mulher atacaria uma “mercadoria” pertença de outrem. A violação exprimia a cópula não conjugal, forçada, com mulher honesta. O casamento – aprovado pelo pai – simbolizaria, nesta concepção, o modo lícito de aceder à mercadoria “mulher” (que não sendo já virgem representaria uma mercadoria defeituosa). Em contrapartida, a violação seria o modo ilícito de desfrutar do comércio carnal. De acordo com tal compreensão, não poderia existir violação sem cópula, nem vítima que não fosse mulher. Uma hipotética violação de um homem por uma mulher não passaria, legalmente, de coação sexual. RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.* p. 943. José Luis Díez Ripollés menciona que “a superar está sin duda la excesiva trascendencia sistemática y punitiva que, aun con las notables reformas operadas en el nuevo código, se sigue atribuyendo al hecho de que el comportamiento sexual implique algún tipo de penetración. En otro lugar he señalado como ello no es más que reflejo de una concepción social trasnochada de la mujer, en otros tiempos fundada en lo que podríamos denominar la pérdida de *valor de mercado* que sufría toda mujer soltera que había de perdido su virginidad, o casada que era incapaz de asegurar la legitimidad de su descendencia, y que más adelante dió lugar a un injustificado realce de la sexualidad genital que originó una continua ampliación del concepto de penetración”. RIPOLLÉS, José Luis Díez. El objeto de protección... *Op. cit.*, p. 98.

e sua família, sobretudo diante da possibilidade de eventual gravidez trazer filhos ilegítimos ao mundo, às expensas do cônjuge. E desvalorizada moralmente perante a sociedade, porque um estupro manchava a imagem que toda mulher deveria ter e pela qual deveria zelar, a imagem da mulher imaculada, honesta, pura, que se guarda e se entrega apenas ao marido (e sempre que ele mandar).

Essa ordem de valores perdurou intocável no Brasil, ao menos no âmbito do Código Penal de 1940, até a promulgação da Lei nº 8.071, de 25 de julho de 1990, quando as penas cominadas para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram, além de majoradas, igualadas no patamar de seis a dez anos.

Dessa forma, o Código Penal brasileiro equiparou o coito vaginal (previsto no artigo 213), ao anal e oral, bem como à penetração por meio de objetos (atos libidinosos diversos da conjunção carnal, dispostos no artigo 214), reconhecendo que do ponto de vista da vítima, qualquer tipo de penetração pode representar o mesmo grau de violação da liberdade e dignidade sexual¹³⁵.

Ainda que com as penas igualadas e com a equiparação das diversas formas de penetração, o estupro permaneceu sendo um crime com os sujeitos determinados e, nesse sentido, um crime de homens contra mulheres, um crime claramente marcado pelo gênero.

Muito se debateu no mundo jurídico sobre a pertinência dessa separação. A questão não é pacífica para as teóricas feministas, mas no âmbito da dogmática penal assentou-se a noção de que o tratamento separado dos crimes de violação, em função do sexo da vítima, não se sustenta diante da nova tendência de se rechaçarem preceitos moralistas e sexistas na tutela penal da liberdade de autodeterminação sexual.

Nesse sentido, Vera Lúcia Raposo adverte que “ao tomar a cópula como a única especificadora da violação, não só se omitem outras condutas igualmente agressivas para a esfera de autodeterminação sexual, como se reduz o seu campo de protecção aos

¹³⁵ Sobre a igualdade da ofensa à dignidade da vítima pela violência sexual, seja ela mulher ou homem, Alberto Silva Franco menciona que “o ordenamento penal estabeleceu o tipo de estupro como delito sexual, de conotação violenta, praticado contra a mulher. No entanto, quer a mulher, quer o homem, podem ser sujeitos passivos da violência sexual. Equipara-se, deste modo, a cópula vaginal à cópula anal, que são submetidos a uma idêntica valoração. Tal posicionamento encontra ainda embasamento no proclamado princípio da igualdade entre a sexualidade masculina e a feminina e no fato de que ambas as atividades delitivas produzem um grau de danosidade equivalente”. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 3060. Pelo específico ponto de vista da mulher, Maria Teresa Couceiro Pizarro Beleza analisou a desconsideração do coito anal e oral na configuração do crime de violação: “considerando que tais atos podem ser tão ou mais traumatizantes e humilhantes para a mulher, quando executados contra a sua vontade, do que a cópula dita normal, penso que a sua exclusão do âmbito da violação reforça a definição de esta não como crime contra a liberdade e a integridade da mulher, o que ela é em realidade e a lei deveria reconhecer, mas como um crime contra essa estranha entidade que o Código chama ‘fundamentos ético-sociais’ e o projecto chamava ‘costumes’, provavelmente querendo dizer ‘bons’”. BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*. Lisboa: AAFDL, 1993, p. 222.

indivíduos do sexo feminino, o que mais uma vez não deixa de configurar uma visão sexista e paternalista das relações humanas”¹³⁶.

Para algumas feministas, contudo, ao neutralizar as referências ao gênero das partes envolvidas com o crime de estupro, acaba-se por omitir a crua realidade de que são as mulheres as principais vítimas de estupro, com larga vantagem. Ou seja, o estupro se manifesta na sociedade como um crime típico de homens contra mulheres, em que discriminações historicamente acumuladas acarretam a impunidade dos homens e a frequente revitimização da mulher, que no mais das vezes acaba sendo desacreditada ou culpada por ter provocado o crime¹³⁷.

Muito embora até se admita que homens também possam ser sujeito passivo de violação¹³⁸, as feministas argumentam que o temor de vir a ser vítima de um crime de estupro afeta com muito maior intensidade a liberdade da mulher do que a do homem¹³⁹.

Por outro lado, o argumento do risco da gravidez, tradicionalmente mencionado para justificar a separação das condutas em diferentes tipos penais, evidentemente que não tem força entre as feministas, não apenas porque acentua o papel reprodutor da mulher, mas também porque retira o foco da própria violência sexual, para alocá-la em um efeito secundário da cópula, ainda que possível e indesejável¹⁴⁰.

¹³⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. Da moralidade... *Op. cit.*, p. 943.

¹³⁷ Conforme Maria Teresa Couceiro Pizarro Beleza “Parece-me que, mais do que qualquer outro, este crime simboliza a violência, a imposição brutal, o domínio terrorista do homem sobre a mulher. “Aterrorizante metáfora da opressão sexista”, como lhe chamou Dorie Klein (KLEIN-KRESS, 1976) a violação é hoje teorizada como epítome da violência de um sexo sobre o outro, como o ponto alto num *continuum* que passa pelos maus tratos em casa, pela agressão da pornografia degradante, pelos tratamentos desnecessariamente dolorosos impostos por profissionais da medicina (...). Isto é, o seu caráter excepcional e patológico, por um lado, e a sua explicação etiológica em termos de pulsões sexuais irresistíveis do macho, por outro, são contestados como deturpadores do seu entendimento realista. (v. g. SMART and SMART, 1978). Contestados também vários mitos sobre as relações agressor-vítima e o processo que desencadeia a agressão. BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Op. cit.*, p. 220.

¹³⁸ Sobre esse ponto observa Renato de Mello Jorge Silveira que a posição das feministas é, em parte, tendenciosa eis que “se é verdade que a grande maioria dos agressores sexuais é do sexo masculino, também é verdade que se encontram agressoras femininas (cujas vítimas são, em sua maioria, masculinas, maiores ou menores). Não se pode, pois, considerar unicamente uma espécie de agente, pois isso implicaria em erro conceitual impraticável”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal sexual ou... *Op. cit.*, p. 352.

¹³⁹ No mesmo sentido, Martha Chamallas afirma que “rape has been acknowledged as a serious threat to women’s safety, not only because rapes are common but because the fear of rape severely curtails women’s freedom of movement and their ability to act with confidence in negotiating the risks of everyday life”. CHAMALLAS, Martha. *Op. cit.*, p. 224. Maria Teresa Couceiro Pizarro Beleza também destaca a posição desvantajosa da mulher: “Mas será verdade que a liberdade normal de agir e de se movimentar em “meio livre” (em linguagem penológica) dos *homens* é coarctada da mesma forma que a das mulheres pelo medo da violência sexual? Obviamente que não. BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Op. cit.*, p. 538.

¹⁴⁰ Maria Teresa Couceiro Pizarro Beleza afirma que “... raciocionando de um ponto de vista de *igualdade*, a resposta seria fácil: justifica-se a diferenciação. A possível *racionalização* desta conclusão pelo recurso à ideia de gravidez é, quanto a mim, *em parte* deslocada. E digo só em parte, porque de facto uma gravidez não querida é um atentado (*pode* ser sentida como tal) à autonomia e liberdade de uma pessoa. Mas, por outro lado, creio que há aqui uma deslocação do raciocínio, porque este caminho de pensar tende acriticamente ao trilho da *naturalização* (*proprio sensu*) do debate: *antes* do problema da gravidez (e haveria aqui, do ponto de

Catharine MacKinnon é uma das principais vozes feministas contra a neutralização do fenômeno do estupro promovido pela lei. Ela afirma que o estupro é um crime contra um específico sexo, em que não apenas as vítimas são esmagadoramente mulheres, os agressores são esmagadoramente homens, mas o que se observa é que o estupro da mulher pelo homem está intimamente associado à forma como a desigualdade entre os sexos ocorre na vida, como um todo. A íntima relação desse crime com a impunidade é, na opinião da autora, um índice do poder social dos homens. O estupro evidencia e põe em prática a posição de submissão da mulher em relação ao homem. O estupro associa feminino com violável, e sexualidade feminina com propensão à penetração forçada. Dessa forma, a ameaça de violência sexual seria uma ameaça de punição pelo próprio fato de ser mulher.

Conclui MacKinnon que, ao tornar neutra em termos de gênero a lei que trata da violência sexual, silencia-se acerca de todo esse contexto do fenômeno, omite-se sobre a necessidade de alterar a equação social que posiciona a mulher como um ser propenso a ser estupro, obscurecendo-se, por fim, o aspecto sexista do problema¹⁴¹.

Apesar da resistência de parcela feminista, consolidou-se em diversos textos legais a unificação das condutas em um mesmo tipo penal, como fez também o Brasil, por meio da Lei nº 12.015/2009¹⁴².

vista do discurso doutrinário e jurisprudencial, que traçar a genealogia da discussão do conceito de *cópula* e suas variações – mas v. J. BELEZA, 1982, quanto ao estupro) coloca-se o problema da liberdade de movimento, da liberdade sexual, da experiência fenomenologicamente (e *não* ontologicamente) feminina. É isso, julgo, que escapa nas habituais discussões (entre homens) dos Projectos de Códigos Penais.”. BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Op. cit.*, p. 538.

¹⁴¹ A autora propõe que “rape should be defined as sex by compulsion, of which physical force is one form. Lack of consent is redundant and should not be a separate element of the crime. Expanding this analysis would support as sex equality initiatives laws keeping women’s histories out of rape trials and publication bans on victim’s names and identities. The defense of mistaken belief in consent – which measures whether a rape occurred from the standpoint of the (male) perpetrator – would violate women’s sex equality rights by law because it takes the male point of view on sexual violence against women. Similarly, the systematic failure of the state to enforce the rape law effectively or at all excludes women from equal access to justice, permitting women to be savaged on a mass scale, depriving them of equal protection and equal benefit of the laws”. MACKINNON, Catharine A.. *Toward feminist jurisprudence*. In: SMITH, Patricia. *Feminist jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 615.

¹⁴² Conforme observa Luiz Regis Prado, “Diante da atual redação do artigo 213 do Código Penal, podem ser visualizadas duas modalidades de conduta, ou seja, ‘constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça... a ter conjunção carnal; e (...) ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso’. Em princípio, no que tange à primeira parte (= constranger alguém (...) a ter conjunção carnal) o sujeito ativo deve ser alguém do gênero masculino (homem) e o sujeito passivo do gênero feminino (mulher). Estupro aqui vem a ser a cópula sexual normal – acesso carnal vaginal ou penetração vaginal. Já na segunda, pode ser sujeito ativo ou passivo qualquer pessoa, seja do sexo masculino, seja do feminino (realização de outro ato libidinoso). Entretanto, em razão da unicidade do tratamento legal do estupro, que atualmente possibilita para a consumação do delito a prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, indistintamente, podem ser *sujeitos ativo e passivo tanto o homem como a mulher*, sendo, portanto, sujeitos indiferenciados, sem nenhuma restrição típica (delito comum)”. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial – arts. 121 a 249*. 8ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010,

Todavia, a impressão que se tem é que, apesar de ter implicado na eliminação de moralismos e marcas sexistas do Código Penal, a principal motivação dos legisladores brasileiros para a alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009 não dizia respeito às mulheres, mas, sim, ao novo *status* atribuído à violação dos homens, sobretudo os menores de idade, como se, agora, também eles pudessem usufruir de um poder simbólico que repousa na rubrica “estupro”¹⁴³.

Pelo menos é o que afirma o senador Demóstenes Torres, ao encaminhar o Projeto nº 253/2004 para votação no Senado:

“Então, toda pessoa, seja homem, seja mulher, pode ser estuprada. Constranger alguém à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça. Ou seja, a cópula sexual forçosa passa a ser também estupro. Agora, o homem também pode ser estuprado. É uma conquista para todos os homens no sentido de que, quando violentados, não sejam tratados de forma discriminada. Muitos, principalmente os legisladores antigos, imaginavam que se deveria ocultar a violência praticada contra o homem. Mesmo em se tratando de conjunção carnal forçada e violenta, não se admitia que o homem fosse sujeito passivo dessa violência”¹⁴⁴.

A bem da verdade, a violência praticada contra o homem já era protegida pelo Código Penal, no crime de atentado violento ao pudor, prevendo-se, inclusive, a mesma pena do crime de estupro. Era a violência contra a mulher, especificamente a cópula vaginal, que sobrava destacada em outro artigo, não em discriminação aos homens, mas como resquício da mentalidade de uma época em que a mulher era superprotegida em nome da tutela da sua função reprodutora e do valor atribuído a sua pureza, “honestidade” e boa reputação.

p. 600. Seguindo essa opção legislativa, foi alterado o artigo 215, do Código Penal, que passou a prever a possibilidade de configuração do crime de violação sexual mediante fraude, não apenas pela ocorrência da conjunção carnal, mas também quando o agente pratica outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

¹⁴³ Nesse ponto, é digna de nota a omissão do legislador quanto à equiparação entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor no âmbito do Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), que não sofreu qualquer alteração por parte da Lei nº 12.015/2009 para que fosse adequado à nova ordem vigente no Código Penal, permanecendo, portanto, completamente em vigor as figuras delitivas do estupro (artigo 232) e atentado violento ao pudor (artigo 233) do Código Penal Militar.

¹⁴⁴ Conforme Diário do Senado Federal nº 12, publicado em 02/mar/2005, p. 03660.

Como observa Ana Lúcia Sabadell a respeito das mesmas modificações ocorridas na legislação penal italiana e alemã, já nos idos de 1996 e 1997, a junção das condutas do estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo tipo penal representa, enfim, o abandono desse resquício da “concepção funcional-patriarcal da sexualidade”, que acarretava uma tutela fragmentária e diferenciada do corpo¹⁴⁵.

Desta feita, com a alteração promovida na legislação brasileira, qualquer ato libidinoso que agrida a autodeterminação sexual da vítima, além da conjunção carnal, configurará o delito do artigo 213, do Código Penal¹⁴⁶.

Sob a rubrica estupro, a violação de homens e mulheres agora é tratada de forma neutra, e ainda que essa nova disposição efetivamente iguale os sexos nos termos formais da lei, (ser “estuprável” não é mais atributo apenas das mulheres, como comemorou o senador), antes disso e, mais importante, a mudança representa uma tentativa de dissociar do fenômeno do estupro a origem patriarcal-moralista da antiga previsão típica.

As diferentes formas de coito vinham previstas em artigos separados não porque a violação do homem não representasse um atentado tão grave ao bem jurídico quanto o crime de estupro, e restassem, assim, discriminados. Esse tratamento diferenciado da conjunção carnal respondia, antes, a um forte componente moralista, que importava na compreensão da mulher como um ser inferior, cuja violação representava, mais do que uma agressão à sua autodeterminação sexual, uma ofensa ao direito de propriedade do homem, dono daquela mulher, fosse seu pai ou seu marido. Por isso o estupro, na sua origem, era punido mais gravosamente, por isso restava isolado em um tipo penal específico.

Por todo o exposto, e ainda que aparentemente o processo de aprovação da Lei nº 12.015/2009 tenha focado apenas no direito dos homens ao igual tratamento, a mudança foi para melhor¹⁴⁷.

¹⁴⁵ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁴⁶ Sobre a recente alteração da legislação brasileira, comenta Evandro Fabiani Capano: “pensamos que não há mais espaço na ordem constitucional atual para um tratamento diferenciado sobre o valor social do homem e da mulher, de modo que o contexto em que foram valorados à época os ‘costumes’, produzindo essa separação jurídica entre estupro e atentado violento ao pudor, (...), não mais se justifica, sendo que com a nova base cognitiva filosófica da ‘dignidade sexual da pessoa humana’ ambos os sexos têm o direito de respeito de seus corpos, não se apresentando quaisquer óbices em realizar a tutela penal das condutas apontadas através de um único preceito sancionatório”. CAPANO, Evandro Fabiani. *Dignidade sexual: comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

¹⁴⁷ Poderia ter sido ainda melhor se tivesse elaborado uma nova redação para o artigo, eliminado a expressão “conjunção carnal” por outra mais neutra, que abarcasse todo tipo de coito, além de um novo *nomen iuris* para o tipo penal, também mais neutro.

Porque no fundo, em que pesem as opiniões de algumas feministas no sentido da importância de se reforçar à sociedade que o estupro é um crime de “homens contra mulheres”, em claro uso simbólico do Direito Penal, o maior obstáculo à efetiva punição do estupro decididamente não está no tipo penal escolhido¹⁴⁸, mas na dificuldade do sistema penal, desde o momento de comunicação do crime até seu julgamento final, de conferir credibilidade à palavra da vítima, que se vê, no mais das vezes, obrigada a provar que realmente foi vítima, ao passo que o homem se vê desincumbido de provar que não seja o agressor.

De forma que, a neutralidade da lei é o mínimo com que se pode contar diante da grande (e principal) meta que é alcançar a neutralidade nos processos e julgamentos.

No mais, a Lei nº 12.015/2009 promoveu diversas alterações voltadas a garantir maior proteção dos menores e vulneráveis, especificamente no Capítulo II, do Título VI, do Código Penal, que antes era denominado “Da sedução e da corrupção de menores” e que passou a ser chamado “Dos crimes sexuais contra vulnerável”, com a previsão de diversos novos crimes.

O Capítulo V, do Título VI, do Código Penal, antes intitulado “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”, recebeu nova rubrica, qual seja, “Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”.

Este capítulo, mais do que o anterior, trata da criminalização de condutas que têm reflexo nas relações de gênero, sobretudo aquelas ligadas à prostituição que, como sabido, não é conduta em si proibida¹⁴⁹.

¹⁴⁸ “... the answer is not to write the perfect statute. While some statutes invite a more restrictive application than others, there is no “model statute” solution to rape law, because the problem has never been the words of the statutes as much as our interpretation of them. A typical statute of the 1890s – punishing a man who engages in sexual intercourse “by force” and “against the will and without the consent” of the woman – may not be all different from the “model” statute we will enforce in the 1990s. the difference must come in our understanding of “consent” and “will” and “force”.” ESTRICH, Susan. Rape. In: *Feminist jurisprudence*. SMITH, Patricia. New York: Oxford University Press, 1993, p.161.

¹⁴⁹ Sobre o tema, Alberto Silva Franco menciona que “a prostituição em si mesma não pode, nem deve, ser penalmente sancionada, sob alegação de que se trata de uma forma deteriorada, socialmente desaprovada, do exercício da sexualidade. A liberdade sexual, realizada na sua dimensão mais ampla, ainda que alguns possam considerá-la uma manifestação deformada da sexualidade, não pode ser objeto de limitações, a menos que se queira incidir em regras penais de conteúdo estritamente moralizador. O princípio da intervenção mínima recomenda que, no campo do exercício da sexualidade, a intervenção penal deva limitar-se às situações abusivas em relação aos menores de idade (faixa etária fixada aos doze ou aos catorze anos de idade), às situações de violência ou grave ameaça a maiores em função da faixa etária determinada e, ainda, em relação às ações típicas que ofendam à dignidade da pessoa humana na medida em que expressam manifestações de pura exploração sexual de terceiros, isto é, do corpo ou da sexualidade de outrem. Fora disso, nenhuma deve ser a ingerência do Direito Penal”. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 3060.

A posição majoritária de mulheres e meninas no papel de quem oferece o sexo, e não no de quem paga por ele, determina que a abordagem pela lei do tema da prostituição repercuta com maior intensidade e relevância na vida das mulheres¹⁵⁰.

O tema da prostituição não surge na teoria feminista com a mesma ênfase que a questão do estupro e do assédio sexual, muito embora os três fenômenos tenham fatores determinantes comuns, especialmente a posição predominante da mulher como fornecedora de sexo. Martha Chamallas atribui a essa hesitação feminista a dificuldade de se alcançar um consenso sobre a dicotomia que marca a prostituição: exercício de uma profissão como outra qualquer *versus* exploração sexual da mulher¹⁵¹.

A maioria das feministas reconhece que a criminalização da prostituição tem como efeito deletério a exposição de quem se prostitui a graves perigos porque, na medida em que exerçam uma atividade considerada ilegal, ficam sujeitas a maus tratos e violências que acabam silenciados e acobertados pelo próprio contexto da ilegalidade que envolve toda a atividade. Além disso, a criminalização da prostituição contribui não só para aumentar a estigmatização daquele (normalmente a mulher) que se prostitui, como para reforçar a polarização das mulheres entre os estereótipos da esposa (fiel) e da prostituta (criminosa)¹⁵².

¹⁵⁰ Os motivos que levam a mulher a ser prostituir já foram explicados pelas mais variadas perspectivas. Desde a biologia, passando pela psicologia, foi, afinal, pela perspectiva da economia que foram construídos os pilares que sustentam a discussão atual. Sobretudo durante a Revolução Industrial, milhares de moças se viram forçadas a rumar para os centros urbanos, onde não encontravam outra opção senão se prostituir para garantir seu próprio sustento e da família. A partir desse fato histórico, surge a compreensão da prostituição atrelada à pobreza e à própria luta pela sobrevivência em contextos históricos e econômicos de crise. Com a evolução dos meios capitalistas de produção e a conseqüente separação dos países conforme o grau de desenvolvimento econômico alcançado, a visão da prostituição como forma de sobrevivência permaneceu sendo aceita apenas nos países emergentes e subdesenvolvidos. Nos países de economia capitalista avançada a perspectiva econômica situa a ocorrência da prostituição em outros termos, não mais ligados à sobrevivência, mas à busca por independência econômica da mulher em um contexto de desigualdade de oportunidades entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Apesar da freqüência com que os argumentos econômicos costumam ser evocados, Carol Smart adverte que “clearly economic factors do not in themselves constitute the basis of an explanation of prostitution, attention must also be given to analysis of the moral and legal code. Prostitution may be treated as an economic activity or service but it is also an activity which is subject to the tenets of the legal system. Indeed it is condemned and frequently prohibited by legal statute. Yet the act of exchanging sexual favours for economic reward is not always morally or legally reprehensible”. SMART, Carol. *Women, crime and criminology... Op. cit.*, p. 88.

¹⁵¹ CHAMALLAS, Martha. *Op. cit.*, p. 269.

¹⁵² Há não muito tempo atrás, a moralidade e as leis desenhavam paralelos mais próximos entre a esposa e a prostituta do que hodiernamente podemos imaginar: “legally and morally a wife gives her husband absolute rights over her body on signing the marriage certificate; in return the husband is bound to support his wife financially. The prostitute on the other hand takes out a series of short-lived ‘contracts’ with several men in return for an economic reward. The significant difference between these two activities is not so much the number of men involved as the fact that sexual relations outside the marriage contract are still condemned in European and North American cultures”. SMART, Carol. *Women, crime and criminology... Op cit.* p. 88.

Por esse motivo, a discussão costuma girar em torno da punição de condutas de pessoas envolvidas com a atividade da prostituição (clientes, agentes, donos de prostíbulos) que, assim, acaba sendo regulada indiretamente¹⁵³.

Esta é a postura adotada pela legislação penal brasileira, que a Lei nº 12.015/2009 veio alterar superficialmente.

O artigo 228, do Código Penal, que tratava do crime de favorecimento da prostituição, agora passou a englobar também o favorecimento de “outras formas de exploração sexual”. A conduta típica consiste em “induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone”. Acrescentou-se, ainda, a conduta de “dificultar” ao tipo penal.

Algumas observações devem ser feitas, e estas servirão para o cotejo dos demais artigos alterados pela lei em comento.

Se nosso Código Penal não considera a prostituição em si uma conduta criminosa, é porque atribui à mulher (maior de idade) o direito de escolher se quer se prostituir ou não, ou seja, confia que a mulher tenha o discernimento sobre a decisão de usar seu corpo para receber recompensa financeira em troca de relações sexuais.

Portanto, qualquer conduta de terceiro que leve a pessoa a se prostituir, desde que por vontade própria e sem violência, grave ameaça ou fraude, não poderia ser considerada criminosa. Afinal, se o próprio Estado não proíbe a prostituição, então, é porque a permite – aval que não deixa de ser um relevante incentivo.

Dessa forma, as condutas de “induzir”, “atrair” e “facilitar” para que alguém decida por se prostituir não são condutas merecedoras de reprovação pela lei penal. Além das múltiplas possibilidades de realização concreta dessas condutas, previstas de forma demasiadamente aberta pelo tipo penal, sua punição não passa de controle moralista e contraditório do comportamento sexual. O próprio Estado, ao não criminalizar a prostituição, “facilita” a sua ocorrência.

Quanto às outras condutas previstas, de “dificultar” ou “impedir” que a pessoa abandone a prostituição, a primeira parece vaga, assim como as anteriormente mencionadas. Tendo em vista que foi um acréscimo da nova lei, algum propósito maior deveria estar por trás da inovação para que tornasse imperioso acrescentar mais uma

¹⁵³ Martha Chamallas anota que as feministas mais radicais são a favor da punição dos clientes, daqueles que pagam pelo sexo, e daqueles que tiram proveito econômico da prostituição alheia. A lei deve tratar a mulher prostituta como vítima de discriminação sexual. Por outro lado, outras feministas mais liberais acreditam que a criminalização do ato de pagar pelo sexo não irá por fim à prostituição, de forma que o melhor que a lei tem a fazer é garantir que sejam punidas e refreadas as práticas violentas (sem consentimento) de que podem ser vítimas as profissionais do sexo. CHAMALLAS, Martha. *Op. cit.*, p. 270.

conduta a esse tipo penal já bastante criticável. Talvez simplesmente responda à recente onda de criminalização verificada em legislações estrangeiras.

De qualquer forma, tanto a conduta de dificultar ou impedir que se abandone a prostituição só devem ser penalmente puníveis na medida em que representem efetiva restrição à liberdade do indivíduo, seja por meio da violência ou da criação de laços (melhor seria dizer amarras) de dependência.

Nesse sentido, bastante pertinente a observação de Renato de Mello Jorge Silveira, que é reproduzida integralmente porquanto exprime exatamente o que se pretende aqui afirmar:

“Toda a consideração segundo a qual se justifica uma intervenção penal, a fim de se coibir o aproveitamento do sexo alheio, principalmente levando-se em conta que a prostituição, de *per se*, não é crime, não mais pode ser tida como válida. Trata-se, em certa medida, de um exemplo evidente de paternalismo legal, já que limita aprioristicamente a liberdade quanto à disposição ao sexo (desde que de forma consentida), sem aparente dano à pessoa. Não se pretende uma proteção à figura da mulher, senão se pretende estabelecer um anteparo moral contra a proliferação do comércio e do abuso do sexo. A grande maioria dos tipos penais relativos ao lenocínio, aliás, tem esse viés, e não o de uma proteção à dignidade da pessoa humana da meretriz, truísmo falacioso que é”¹⁵⁴.

Nesse sentido, parece mais acertada a previsão constante do novo parágrafo segundo, acrescentado pela Lei nº 12.015/2009 ao artigo 228, que pune a conduta do *caput* quando o crime for cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude. A pena é bastante alta, o dobro do *caput*, sem prejuízo da pena relativa à violência praticada.

O artigo 229 do Código Penal, apesar de continuar com o *nomen iuris* “Casa de prostituição”, passou a tratar sobre a conduta de “manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”.

A mudança não foi só terminológica. Ao deixar de tratar da casa de prostituição e passar a controlar a manutenção de “estabelecimento onde ocorra exploração sexual” a

¹⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais... Op. cit.*, p. 336.

tutela punitiva muda completamente. Partindo-se de um conceito de exploração que implica na existência de submissão de uma pessoa à situação desumana, sem que lhe seja oportunizada chance de se desvincular desse contexto, parece relevante que se institua um controle severo (penal) sobre estabelecimentos onde habitualmente se dê a exploração sexual, claro que, desde que disso tenha conhecimento o mantenedor do recinto. Note-se, contudo, que para que se verifique a relevância da alteração é necessário que o julgador se mostre despido de preconceitos moralistas ou subjetivos quando da avaliação do que venha a ser tido pela manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual. Em outras palavras, deve-se, ao máximo, evitar que se faça a nova leitura tipológica como ainda sendo a da anterior manutenção de casa de prostituição ou outro lugar destinado a encontros para fins libidinosos, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

O artigo 230 do Código Penal também sofreu alterações pela Lei nº 12.015/2009. A conduta do *caput* manteve-se a mesma, “tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça”, mas os parágrafos foram reformados.

A primeira parte do primeiro parágrafo passou a prever expressamente a hipótese de crime qualificado quando a vítima for maior de catorze e menor de dezoito anos. Na segunda parte do parágrafo a alteração legislativa foi para que constem discriminadas todas as relações ou obrigações de cuidado, proteção ou vigilância que podem ligar a vítima ao agente, tornando o crime qualificado. Antes da Lei nº 12.015/2009, essa lista se encontrava no tipo penal do artigo 227, ao qual o antigo parágrafo primeiro do artigo 230 fazia remissão. A Lei nº 12.015/2009, todavia, não cuidou de atualizar também o artigo 227, que permaneceu com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.102/2005.

Já o segundo parágrafo do artigo 230 prevê outra hipótese de crime qualificado quando o rufianismo for cometido “mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima”.

Pois bem. Descritas as alterações, é preciso voltar a análise ao *caput* do artigo, que nenhuma alteração sofreu desde 1940. Se no lugar do termo “prostituição”, estivesse “profissão”, essa conduta nunca poderia ser considerada criminosa.

Essa simples mudança de perspectiva mostra que o tipo penal em comento parte do pressuposto de que prostituição não é uma profissão, de que a ela uma pessoa nunca se dedicaria por livre opção, parte também do pressuposto de que uma pessoa que se prostitui é apenas vítima das circunstâncias, vítima da miséria, vítima da exploração sexual, vítima

da desigualdade social. Dessa forma, quem de qualquer forma tira proveito dessa vítima, participa dos seus lucros ou é por ela sustentada, só pode ser um aproveitador da desgraça alheia, e, como tal, deve ser punido.

Estamos com Martha Nussbaum que nos lembra que, com exceção dos desempregados e dos muito ricos, que vivem apenas da renda de seus investimentos, todos que trabalham obtêm o sustento pelo uso de seus corpos. Professores, operários em fábricas, advogados, cantores de ópera, prostitutas, médicos, legisladores, atletas, modelos, todos fazem coisas com partes de seus corpos, pelas quais recebem um salário em troca. Alguns recebem altos salários, outros não. Alguns possuem um controle relativamente alto das condições de trabalho, outros possuem muito pouco. Alguns têm muita opção de emprego no mercado, outros quase nada. E alguns são socialmente estigmatizados, outros não¹⁵⁵.

Fazendo-se sempre a ressalva de que qualquer contexto que envolva a exploração sexual de menores ou a prática forçada da prostituição, ou seja, contra a liberdade da prostituta ou do prostituto, o Direito Penal deve ser acionado.

Do contrário, melhor seria regulamentar a profissão, estabelecer os cabíveis vínculos empregatícios e deixar que a pessoa que se prostitui desenvolva suas relações profissionais ou pessoais conforme seu próprio interesse. Pelo menos é assim que o Estado costuma agir no tocante às profissões que não são criminalizadas.

Ainda no Capítulo V do Código Penal, a Lei nº 12.015/2009 alterou os artigos 231 e 231-A, cujas redações foram dadas pela reforma promovida anterior Lei nº 11.106/2005. Os dois artigos, que tratam, respectivamente, do tráfico internacional e do tráfico interno

¹⁵⁵ A autora desenvolve seu interessante argumento, estabelecendo uma comparação entre a prostituição e outras profissões, com as vantagens e desvantagens comparativas. A título de exemplo, são transcritas as vantagens da prostituição em comparação com o trabalho de um (a) operário (a) de fábrica cuja tarefa é arrancar as penas de frangos praticamente congelados: “Both prostitution and factory work are usually low-paid jobs; but, in many instances, a women faced with the choice can (at least over the short-haul) make more money in prostitution than in this sort of factory work. (This would probably be even more true if prostitution were legalized and the role of pimps thereby restricted, though the removal of risk and some stigma might at the same time depress wages, to some extent offsetting that advantage for the prostitute). Both face health risks, but the health risk in prostitution can be very much reduced by legalization and regulation, whereas the particular type of work the factory worker is performing carries a high risk of nerve damage in the hands, a fact about it that appears unlikely to change. The prostitute may well have better working hours and conditions than the factory worker; especially in a legalized regime, she may have much more control over her working conditions. She has a degree of choice about which clients she accepts and what activities she performs, whereas the factory worker has no choices but must perform the same motions again and again for years. The prostitute also performs a service that requires skill and responsiveness to new situations; whereas the factory worker’s repetitive motion exercises relatively little human skill and contains no variety”. Depois de relacionar também as desvantagens, Martha Nussbaum conclui que “For all these reasons, many women, faced with the choice between factory work and prostitution, choose factory work, despite its other disadvantages”. NUSSBAUM, Martha. “Whether from reason or prejudice”: taking money for bodily services. *Journal of Legal Studies*, vol. XXVII, January 1998, University of Chicago, p. 693-701.

de pessoas, sofreram as mesmas alterações. A primeira a se destacar diz respeito à expressão “para fim de exploração sexual” que foi acrescida ao *caput* de ambos os artigos.

A doutrina costuma se referir ao conceito de tráfico que consta do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, o qual define que no tráfico, a exploração que ocorre entre as partes “incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos”¹⁵⁶.

Temos, então, que o crime de tráfico de pessoas de que tratam os artigos 231 e 231-A versam apenas sobre o tráfico para fins de prostituição ou exploração sexual.

Com relação à prostituição, tendo em vista que essa prática não é proibida pela legislação brasileira e que o próprio Protocolo reserva a sua aplicação apenas aos casos em que o consentimento da pessoa maior de idade não tenha sido livre¹⁵⁷, então, cumpre reafirmar a posição já explanada quando se analisaram as alterações promovidas pela Lei nº 11.106/2005 e que segue no mesmo sentido do que foi afirmado acima sobre os delitos antecedentes¹⁵⁸: os tipos dos artigos 231 e 231-A, tanto no *caput* quanto no primeiro

¹⁵⁶ O Protocolo, que fora ratificado pelo Governo brasileiro em 29 de janeiro de 2004, foi integrado ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Consta no artigo 3º do Protocolo o seguinte:

“Para efeitos do presente Protocolo:

- a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;
- d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos”.

¹⁵⁷ Ou seja, tenha sido obtido por meio de “ameaça, uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração”.

¹⁵⁸ É oportuno citar outra manifestação no mesmo sentido: “de qualquer modo, para o reconhecimento de qualquer infração envolvendo a prostituição o fundamental é identificar não só a "exploração" senão também a clara ofensa a outros bens jurídicos da vítima (liberdade individual, liberdade sexual etc.). Sempre que se tratar de vítima maior, que de modo algum tenha sido ludibriada ou iludida, isto é, sempre que a vítima tenha aderido livremente (não coagida) ao tráfico, conquistando ela mesma certa vantagem com esse ato, não consigo vislumbrar delito algum. Todos os bens jurídicos envolvidos nesse tráfico são disponíveis. O consentimento válido da vítima elimina a situação de risco proibido”. GOMES, Luiz Flávio. *Reforma penal*

parágrafo com a nova redação que recebeu pela Lei nº 12015/2009¹⁵⁹, quando se referem ao tráfico para fins de prostituição, criminalizam as condutas daqueles que sem violência ou grave ameaça apenas colaboram com a pessoa que, por vontade própria e no exercício de sua autodeterminação sexual, deseja se prostituir. Não há, nesses casos, violação a qualquer bem jurídico.

Por outro lado, a alteração dos artigos para neles incluir o tráfico para fins de exploração sexual intenta um cerco maior e mais efetivo ao problema, isso porque a própria noção de exploração sexual traz em si requisitos válidos para a atuação legítima do Direito Penal, pois pressupõe uma relação de submissão forçada do indivíduo explorado a situações de ampla violação dos direitos humanos, entre eles a liberdade sexual, a liberdade de autodeterminação sexual e a própria dignidade sexual.

Os artigos não possuem mais a forma qualificada antes prevista. Agora, para as hipóteses de crime cometido contra menor de dezoito anos, contra portador de enfermidade ou doença mental, por agente que se relacione com a vítima por algum laço de parentesco ou conjugal ou, ainda, decorrente de obrigação de cuidado, proteção ou vigilância e, por fim, quando houver emprego de violência, grave ameaça ou fraude, o agente é punido com uma causa de aumento.

Foram essas, em linhas gerais, as alterações introduzidas no Código Penal pela Lei nº 12.015/2009. O que se percebe é que o legislador brasileiro, pelo menos no que toca a esta última lei analisada, parece movido por tantos interesses que se perde no caminho, deixando um rastro de lacunas, excessos e contradições.

Com efeito, ao mesmo tempo em que responde à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito instalada em defesa dos interesses de crianças e adolescentes – clássico exemplo de atuação dos gestores atípicos da moral –, o legislador busca adaptar, com mais de quarenta anos de atraso, o Direito Penal à tendência mundial de abandono de preceitos morais, intenta promover a neutralidade de gênero e, ainda, procura regular a prostituição de forma indireta, a partir da criminalização de comportamentos de terceiros, em clara postura paternalista.

Fica evidente que o legislador quer resolver o máximo de problemas sociais possíveis por meio de uma única lei. Lei que tenha potencial para agradar o maior número de eleitores. Abusam, então, da lei penal, com seu forte apelo simbólico. Não importam as

dos crimes sexuais. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20050411115926168_reforma-penal-dos-crimes-sexuais-i.html>. Último acesso em: 22/mai/2011.

¹⁵⁹ Com exceção da conduta de “comprar a pessoa traficada”, cuja impropriedade do termo é bastante reparável, e que parece ser impossível de dissociar do contexto da exploração sexual.

lacunas, os excessos, as contradições e a falta de técnica. Importante para este legislador oportunista é alimentar a ilusão social de que o Direito Penal resolve tudo. O movimento feminista não pode se enganar.

6 CONCLUSÕES

1. O discurso científico, em especial no campo da Biologia, cuja construção atingiu seu apogeu no século XIX, serviu como principal fundamento para as mais diversas discriminações entre homens e mulheres no contexto das relações humanas, criando uma polarização entre os sexos e justificando a supremacia do masculino sobre o feminino.

2. A partir da década de setenta do século XX, o movimento feminista desenvolveu o conceito de gênero, com o qual passou a explicar a origem social das diferenciações entre homens e mulheres em oposição à origem biológica determinista.

3. A incorporação do paradigma do gênero ao campo do Direito e da Criminologia crítica forneceu as bases para a compreensão do processo pelo qual o Direito Penal atua como instância criadora de discriminação entre homens e mulheres, despertando o interesse das feministas pela utilização deste ramo do Direito como meio de reverter a posição desvantajosa da mulher no contexto das relações sociais.

4. A forma de utilização do Direito pelo movimento feminista variou conforme os estágios de desenvolvimento da Teoria Feminista do Direito, que evoluiu desde a busca da igualdade formal entre homens e mulheres (estágio liberal), passando pela perseguição da igualdade material entre os sexos (estágio cultural e radical), até o momento atual de defesa da diversidade (estágio pós-moderno), em que o feminismo se afastou da dicotomia essencialista homem *versus* mulher, para assumir a multiplicidade de opressões que podem atingir os diferentes grupos de mulheres.

5. A construção do princípio da igualdade acompanha a evolução das ideologias dominantes e dos arranjos de poder na sociedade. A igualdade entre os cidadãos passou a integrar diversas Declarações de Direitos e Constituições dos séculos XVIII e XIX. A igualdade entre os sexos, contudo, é uma conquista recente das mulheres e decorre da nova posição social que elas passaram a ocupar após a 2ª Guerra Mundial, posição que se consolidou nas últimas décadas do século XX, com a Revolução Sexual.

6. Fundamental à efetivação dos direitos das mulheres foi a constatação de que a mera afirmação da igualdade entre os sexos não é suficiente para reverter a posição desigual em que as mulheres se encontram na sociedade, fruto de discriminações, desvantagens e preconceitos historicamente acumulados.

7. Assim, o movimento feminista e o movimento internacional dos Direitos Humanos passaram a afirmar a necessidade de superação do princípio da igualdade formal pelo princípio da igualdade material, o que acabou por implicar a adoção, por parte dos Estados de Direito, de medidas voltadas à promoção da igualdade de fato entre homens e mulheres.

8. O compromisso dos Estados de Direito com a promoção da igualdade material entre homens e mulheres foi assegurado por meio de Tratados e Convenções internacionais e, em especial, por grande parte das constituições do século XX, como foi o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

9. O Estado pode promover a igualdade entre homens e mulheres por meio de ações afirmativas que concedem vantagens às mulheres na disputa por bens escassos e oportunidades de crescimento e realização pessoal, ou que lhes reserva parte desses bens e oportunidades, em prejuízo dos homens.

10. Uma atuação menos legítima do Estado consiste na criação de leis que limitam a autonomia da mulher ou que restringem a liberdade de terceiro, com o objetivo de proteger a mulher de riscos que ela livre e conscientemente consentiu, mas que o Estado, em postura paternalista e censurável, entende ser melhor evitar.

11. A partir da década de oitenta do século passado, verificou-se uma tendência de expansão do Direito Penal, com a criminalização de novas condutas, agravamento dos tipos penais já existentes, recrudescimento das penas e flexibilização dos princípios de garantia dos direitos dos acusados. Essa tendência responde à demanda social por mais proteção Estatal, em um contexto de crescente medo ante o delito.

12. O movimento feminista oficial tem apoiado e incentivado essa expansão do Direito Penal, integrando o grupo de gestores atípicos da moral. O principal argumento feminista

para essa busca do Direito Penal encontra-se no seu poder simbólico, capaz de aumentar a percepção social da gravidade das violências perpetradas contra as mulheres.

13. Algumas feministas, contudo, advertem quanto aos riscos que envolvem a associação do movimento feminista com o Direito Penal, especialmente aqueles advindos da transformação de um problema social, em um problema de controle de delito. Com isso, o que era percebido como um complexo fenômeno social de desigualdade de gênero acaba sendo reduzido a um ato concreto de violação entre indivíduos determinados.

14. Nesse contexto, a intervenção do Estado por meio do Direito Penal assume contornos paternalistas e alimenta a percepção da mulher como vítima, como ser frágil e indefeso. Por outro lado, diante da característica do Direito Penal de reprodutor das discriminações de gênero, a mulher que se submete ao sistema penal sofre uma dupla vitimização, na medida em que as instituições públicas reproduzem os preconceitos, discriminações e estereótipos impregnados na sociedade.

15. A partir da análise de algumas recentes alterações legislativas no Direito Penal estrangeiro e brasileiro, pode-se observar que, sob a influência do movimento feminista, o Direito Penal sofreu significativas alterações.

16. O estudo de algumas alterações legislativas ocorridas na Alemanha, Espanha e Portugal evidenciam que o abandono da tutela penal de preceitos morais, inspirado pelo Projeto Alternativo proposto por penalistas alemães na década de 1960, representou grande importância para a eliminação de discriminações contra as mulheres que constavam nos Códigos Penais, sobretudo no campo do Direito Penal sexual. Por outro lado, a partir da década de 1980, iniciaram-se as alterações legislativas que implicaram o aumento da criminalização e recrudescimento das penas, verificáveis especialmente no tratamento da violência doméstica e assédio sexual.

17. No Brasil, apesar dos anos de atraso, são percebidas alterações legislativas nos mesmos sentidos. A Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, criou a figura do assédio sexual, crime que afeta majoritariamente as mulheres. A Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, iniciou a limpeza do Código Penal brasileiro de dispositivos que criavam injustificáveis discriminações contra a mulher, adequando-o à Constituição de 1988, que declarou a

igualdade entre os sexos. A Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, foi criada para coibir a violência doméstica praticada exclusivamente contra a mulher. Por fim, a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, promoveu a equiparação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, eliminando, assim, os resquícios de uma época em que a mulher era percebida socialmente como propriedade do homem e, além disso, aumentou a proteção das mulheres que exerçam a prostituição, por meio do maior controle repressivo do comportamento de terceiros.

18. O estudo dessas legislações indica que a associação entre feminismo e o Direito Penal colaborou para a expansão desse ramo do Direito. Todavia, uma visão crítica sobre este fenômeno demonstra que esse aumento de leis não deve ser festejado porque, afinal, as desvantagens da criminalização de complexos problemas sociais superam os benefícios do uso do Direito Penal, que não vão muito além do seu poder simbólico.

BIBLIOGRAFIA

AL-HIBRI, Azizah Y. Western. Is western patriarchal feminism good for third world/minority women?. In: OKIN, Susan Moller. *Is multiculturalism bad for women?* Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 41-46.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?. In: DORA, Denise Dourado (Coord.). *Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1997, p. 105-130.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Livro V. Tradução do grego Mário da Gama Kury. 4ª edição. Brasília: Editora UnB., 2001.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. Tradução de Ana Paula Zommer. In: *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 19-80.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa Rui Barbosa, 1999.

BARREIRAS, Mariana Barros. O discurso feminista da Lei nº 11.106/05. *Boletim IBCCrim* nº 150, v. 13, 2005, p. 4-5.

BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*. Lisboa: AAFDL, 1993.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BÉO, Cíntia Regina. *A sistematização e a hermenêutica como instrumentos garantidores da efetividade dos direitos da mulher na Constituição Federal de 1988*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

BERGALLI, Roberto; BODELÓN, Encarna. La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. *Anuário de Filosofia del Derecho*, tomo IX, 1992, 43-73.

BITTAR, Eduardo C. B.. *Curso de Filosofia Aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri: Manole, 2003.

BODELÓN, Encarna. Relaciones peligrosas: género y derecho penal. *RBCCrim* n° 29, 2000, p. 233-246.

BOSCO, Maria Goretti dal. *Assédio sexual nas relações de trabalho*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2430/assedio-sexual-nas-relacoes-de-trabalho>>. Último acesso em: 28/jun/2011.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Traduzido por Maria Helena Kühner. 7ª ed.. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Traduzido por Renato Aguiar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CAIN, Patricia. Feminist Jurisprudence: grounding the theories. In: BARTLETT, Katharine T.; KENNEDY, Rosanne (Coord.). *Feminist legal theory: readings in law and gender*. Boulder: Westview Press, 1991, p. 263-280.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei maria da penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *RBCCrim* n° 73, 2008, p. 251-253.

CAPANO, Evandro Fabiani. *Dignidade sexual: comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei n° 12.015/2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CATENA, Vitor Moreno. Prólogo. In: FÉRNÁNDEZ, Gómez Itziar. *La acción legislativa para erradicar la violencia de género en Iberoamérica. Compilación iberoamericana de leyes contra la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

CHAMALLAS, Martha. *Introduction to feminist legal theory*. 2ªed. New York: Aspen Publishers, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CORROZA, Elena Íñigo. Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre. In: *Comentario a la ley orgânica de protección integral contra la violència de gênero: aspectos jurídico penales, procesales y laborales*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2005.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CRENSHAW, Kimberle. A construção jurídica da igualdade e da diferença. In: DORA, Denise Dourado (Coord.). *Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1997, p. 17-26.

DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Tradução de Teresa Pizarro Beleza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código penal comentado*. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. In: *Comentário conimbricense do código penal. Parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, t. I..

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da pena na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DOTTI, René Ariel. A criminalização do assédio sexual. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Vol. 2, n. V, jul/dez, 1998, p. 50-71.

ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCrim* nº 179, v. 15, 2007, p. 17-18.

ESTRICH, Susan. Rape. In: SMITH, Patricia. *Feminist jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1993, p.158-187.

FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of the criminal law*. v. 3. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FONTÁN, MaríaViviana Caruso. *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2: parte especial*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections on the “postsocialist” condition*. New York: Routledge, 1997.

_____. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 167-189.

GOMES, Catarina Sá. *O crime de maus tratos físicos e psíquicos infligidos ao cônjuge ou ao convivente em condições análogas às dos cônjuges*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Reforma penal dos crimes sexuais*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20050411115926168_reforma-penal-dos-crimes-sexuais-i.html>. Último acesso em: 22/mai/2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Legítima defesa da honra. In: JÚNIOR, Miguel Reale; PASCHOAL, Janaína (Coord.). *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

HÖRNLE, Tatjana. Penal law and sexuality: recent reforms in german criminal law. *Buffalo Criminal Law Review* n° 3, 2000, p. 639-685.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. Vol. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Delegacia de defesa da mulher e juizados especiais criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero. *RBCCrim*, nº40, 2002, p. 282-295.

JESUS, Damásio Evangelista de; BIANCHINI, Alice. Assédio sexual agora é crime. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 9, n. 105, 2001, p 2-4.

LAMAS, Marta. Género, diferencias de sexo y diferencia sexual. *In: Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 65-84.

LARRANDART, Lucila. Control social, derecho penal y género. *In: BIRGIN, Haydée. Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*. Buenos Aires: Editora Biblos, 2000, p. 85-109.

LARRAURI, Elena. Control informal: las penas de las mujeres... *In: LARRAURI, Elena. Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A, 1994, p.1 - 16.

_____. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias? *In: LARRAURI, Elena. Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*. Montevideo: B de F Editorial, 2008, p. 95-132.

LOMBROSO, C. ; FERRERO, G.. *La femme criminelle et la prostituée*. Paris: Ancienne Librairie Germer Baillière et C^{ie} Félix Alcan Éditeur, 1896.

LOPES, José Mouraz. *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal: de acordo com a alteração do código penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de agosto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. *In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113-143.

LOUIS, Jürgen. Delitos contra la libertad sexual. Traducción del prof. Dr. Héctor Hernández Basualto. *Revista Penal* nº 12, 2002, p. 169-172.

MACKINNON, Catharine A.. Toward feminist jurisprudence. In: SMITH, Patricia. *Feminist jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 610-619.

MARZAGÃO JR., Laerte I.. *Assédio sexual e o seu tratamento no direito penal*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

MELO, Mônica de. Assédio Sexual: um caso de inconstitucionalidade por omissão. *Revista do ILANUD*, n. 17, 2001, p. 47-71.

MONTEJO, Alda Facio. *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José, C.R.: ILANUD, 1992.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 3º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 1961.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUSSBAUM, Martha. "Whether from reason or prejudice": taking money for bodily services. *Journal of Legal Studies*, vol. XXVII, January 1998, University of Chicago, p. 693-701.

OKIN, Susan Moller. *Is multiculturalism bad for women?* Princeton: Princeton University Press, 1999.

OLSEN, Frances. El sexo del derecho. In: *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 25-43.

PASAMAR, Ángel Boldova; MARTÍN, María Ángeles Rueda. Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género. In: *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 13-34.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial – arts. 121 a 249*. 8ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRATA, Ana Paula da Silva Brito. Mobilizações feministas e políticas de igualdade de gênero no Brasil: um estudo da campanha da Lei Maria da Penha. In: *Cadernos de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, n. 5, v. 5, 2008, p. 7-19.

RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva. O princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos: problemas suscitados pela discriminação positiva*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. In *liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 931-962.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2002.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Julio 2000, nº 6, p. 69-101.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 131, jul-set 1996, p. 283-295.

RODRIGO, Virginia Mayordomo. *La violencia contra la mujer: un estudio de derecho comparado*. Madrid: Editorial Dilex, 2005.

SABADELL, Ana Lúcia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. *RBCCrim*, nº 27, 1999, p. 80-102.

SÁNCHEZ, María Acale. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Madrid: Editorial Reus, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes sexuais. Reflexões sobre a nova lei 11.106/2005*. Leme: Editora J. H. Mizuno, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Direito penal sexual ou direito penal de gênero? In: JÚNIOR, Miguel Reale; PASCHOAL, Janaína (Coord.). *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 329-354.

_____. O assédio sexual como fato criminoso. *Boletim IBCCrim* nº 89, v.8, 2000, p. 11.

_____. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal? *Boletim IBCCrim* nº 166, v. 14, 2006, p. 7-8.

SMART, Carol. La mujer del discurso jurídico. In: LARRAURI, Elena. *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1994, p. 167-189.

_____. *Women, crime and criminology. A feminist critique*. London: Routledge & Kegan Paul, 1976.

SMAUS, Gerlinda. Análisis feministas del derecho penal. In: BERGALLI, Roberto. *Contradicciones entre derecho y control social*. Barcelona: Editorial M. J. Bosch, S. L. – Goethe Institut, 1998, p. 73 - 94.

_____. Teoría del conocimiento feminista y criminología de la mujer. *RBCCrim* nº 27, v. 7, 1999, p. 235 - 249.

STOCCO, Rui. Responsabilidade civil por assédio sexual. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. nº I, v. 2, 2001, p. 131-150.

SZAFIR, Alexandra Lebelson. O assédio sexual e as vagabundas das Minas Gerais. *Boletim do IBCCrim*, nº 132, v. 11, 2003, p. 7-8.

VALENTE, Maria Inês Trifoglio; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Críticas à lei de assédio sexual. *Boletim IBCCrim*, nº 103, v. 9, 2001, p. 12.