



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
Centro de Ciências Jurídicas – CCJ
Curso de Bacharelado em Direito

Kamylla da Silva Bezerra

**UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA INFLUÊNCIA DO VIÉS
FEMINISTA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Campina Grande
2014

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Kamylla da Silva Bezerra

UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA INFLUÊNCIA DO VIÉS
FEMINISTA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à comissão examinadora do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Estadual
da Paraíba, como requisito para obtenção
do grau de bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Félix Araújo Neto

CAMPINA GRANDE
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

B574a Bezerra, Kamylla da Silva.

Uma análise crítica acerca da influência do viés feminista no direito penal brasileiro [manuscrito] / Kamylla da Silva Bezerra. - 2014.

32 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Dr. Félix Araújo Neto, Departamento de Direito Público".

1. Direito Penal. 2. Feminismo. 3. Legislação Penal. I.
Título.

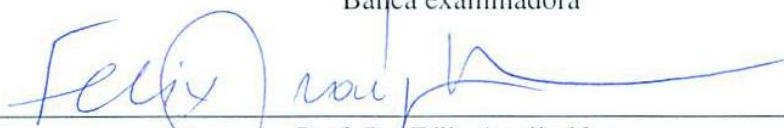
21. ed. CDD 345

Kamylla da Silva Bezerra

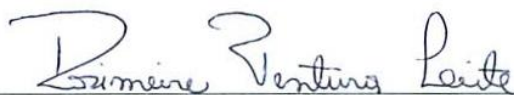
UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA INFLUÊNCIA DO VIÉS FEMINISTA NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO

Apresentado em 20 de novembro de 2014

Banca examinadora



Prof. Dr. Félix Araújo Neto
Universidade Estadual da Paraíba – UEPB
(orientador)



Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite
Universidade Estadual da Paraíba – UEPB



Prof. Ednaldo da Costa Agra
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB

AGRADECIMENTOS

À Universidade Estadual da Paraíba, pelo ambiente criativo e amigável que proporciona aos pupilos sonhadores com um futuro profissional.

Aos meus professores, por me proporcionarem o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional.

Ao professor Félix Araújo Neto, pela orientação, apoio e confiança.

À banca examinadora, nas pessoas do querido professor Ednaldo da Costa Agra e da inspiradora professora Dra. Rosimeire Ventura Leite, pelas valiosas contribuições em meu trabalho.

Ao querido e eterno professor Xavier, pelas palavras que me incentivaram a lutar por meus sonhos.

À Jaqueline Kelly Braz e Dr. Giovanni Porto Magalhães, pelo valioso aprendizado durante meu período de estágio no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

A todos do Juizado Especial Criminal da comarca de Campina Grande, pela colaboração em meu crescimento como profissional.

A todos do 1º Juizado Especial Cível da comarca de Campina Grande, pela confiança e oportunidade de crescimento profissional durante meu período de atuação como Conciliadora.

Aos meus pais, Eva Pereira da Silva e Reginaldo Bezerra, pelo amor incondicional, esforço diário e pela forma com o qual se empenharam para criar a mim e a meus irmãos. Sem vocês meu Eu simplesmente não seria.

Aos meus irmãos Thiago da Silva Bezerra e Bruno da Silva Bezerra, seres importantíssimos em meu crescimento como ser humano.

Ao amigo Antonio Cardoso, pelo incentivo em todos os momentos.

À amiga Bárbara Leônia, pelo companheirismo, cumplicidade e torcida.

Às amigas Jéssica Raiane, Vanessa Almeida e Marcela Ouriques, pela leveza e apoio em absolutamente tudo que me torne mais feliz.

SUMÁRIO

1. Resumo.....	07
2. Introdução.....	09
3. Da igualdade formal à igualdade material e a igualdade entre os sexos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	14
4. Alterações legislativas no Código Penal brasileiro sobre a influência do feminismo.....	19
4.1. Lei n.º 10.224, de 15 de maio de 200.....	19
4.2. Lei n.º 11.106, de 28 de março de 2005.....	22
4.3. Lei n.º 11.340 de 07 de agosto de 2006.....	24
4.4. Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009.....	27
5. Considerações finais.....	31
6. Referências bibliográficas.....	32
7. Abstract.....	33

“Todas as vitórias ocultam uma abdicação.”

Simone de Beauvoir

1. RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise crítica acerca da influência da Teoria Feminista no Direito Penal brasileiro, partir das modificações vislumbradas no âmbito da legislação penal. Em um primeiro momento, destaca-se, na questão teórica, o desenvolvimento histórica da relação entre a Ciência Jurídica e as Teorias Feministas, passando-se, então à verificação das principais mudanças legislativas ocorrias após o advento do século XX, em resposta à demanda social de proteção estatal diante dos delitos. Nesse contexto, são analisadas as alterações legislativas patrocinadas pelo movimento feminista brasileiro do século XX, identificando-se até que ponto essas alterações se tornaram benéficas às mulheres e à sociedade como um todo.

Palavras – chave: Feminismo; Direito Penal; Legislação

2. INTRODUÇÃO

O movimento feminista brasileiro tem participado ativamente da promulgação de leis que alteram o Código Penal de 1940, com o objetivo de promoção da igualdade material entre homens e mulheres. Essas alterações vão desde a criação de novos tipos penais, a exemplo do assédio sexual, até a tentativa de neutralização de discriminações negativas presentes nos textos legais, como o conceito de “mulher honesta” que era trazido pelo Código Penal até 2005.

Determinadas mudanças revelam a atual relevância do paradigma feminista e de gênero para as ciências jurídicas, visto aceitação de pautas legislativas por influência direta da teoria e práxis feminista.

O desenvolvimento da teoria feminista é atribuído a um movimento social que busca a melhoria de condição de vida das mulheres, objetivando eliminar as desvantagens em relação ao status alcançado pelos homens ao longo da história. Dessa forma, Dahl (1993) assevera que:

Mesmo aceitando que, historicamente, o feminismo assumiu diversas formas e escolheu 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, sem empenham na luta contra a opressão das mulheres e, de modo geral, pela melhoria da sua situação (DAHL, 1993, p. 14).

Assim, na perspectiva de Nye (1995) são destacadas algumas das teorias feministas mais importantes a nível histórico e que explicam, por si só, a evolução deste movimento durante as revoluções e modificações sociais. A saber, existem os chamados: feminismo liberal; feminismo marxista; feminismo existencialista e; finalmente, o feminismo estruturalista.

Na primeira grande onda de feminismo do séc. XIX a principal questão era o voto livre para as mulheres, caracterizando o feminismo liberal. Logo após, com o advento do feminismo marxista, acreditava-se que o antídoto da opressão feminina não estava no voto ou nas leis, mas na organização de trabalhadores. As mulheres deveriam trabalhar para destruir as estruturas capitalistas que fomentavam a exploração de uma classe por outra. Já o feminismo existencialista, tendo como principal propulsora Simone de Beauvoir (1945), acreditava que luta de classe não é por si explicativa, pelo contrário, a apropriação masculina da propriedade privada só é inteligível como projeto do indivíduo de auto-afirmação e transcendência. Já o feminismo estruturalista assevera

que não é a “natureza” ou qualquer realidade física que determinaria a posição inferior das mulheres, mas uma diferença de “pensamento”, como afirmava Lacan (1982), acrescentando que a única diferença real era que as mulheres não sabem o que estão dizendo. Tal fato se justifica pela existência de componentes semânticos de dominância masculinizados nas palavras, fazendo com que a inferioridade das mulheres seja codificada na linguagem utilizada na sociedade.

A incorporação dos temas feministas ao Direito ocorre como reflexo dos avanços que os estudos sobre a mulher alcançaram em outras áreas da ciência, tais como a História, a Sociologia, a Economia, a Psicologia, e as Artes. Ademais, tornou-se possível demarcar a elaboração de uma Teoria Feminista do Direito e, nesse sentido, Bodelón (2000) assevera que:

Dentro de la denominada ‘teoria 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 un intento de construir una teoria legal global, sino diversas perspectivas para comprender la relación entre el género y el derecho” (BODELÓN, 2000, p.238).

Assim, é possível vislumbrar uma multiplicidade de correntes feministas, porém, não se encontra unanimidade na forma de classificá-las. Neste trabalho, toma-se como base as classificações elaboradas por Chamallas (2003), pela clareza com que soube expor o encadeamento de complexidade entre as escolas teóricas.

Entretanto, pode-se dizer que qualquer que seja a estratificação realizada na seara das escolas feministas, tem-se sempre um denominador comum, o qual, segundo Baratta (1999, p. 21) cuida da “demolição do modelo androcentrico da ciência e a construção de um alternativo”. Dessa forma, as correntes feministas destacadas por Chamallas (2003), quais sejam a liberal, radical, cultural e pós moderna, se aplicam em um contexto didático para compreensão da ótica complexa dessa vertente.

A corrente liberal do feminismo, que ganhou destaque na década de 1970, enfatiza a similaridade entre homens e mulheres, reivindicando que, em razão dessa igualdade, não se justificaria a manutenção de um sistema legal que produzisse distinções de tratamento sob o pretexto de proteger a mulher.

A bandeira feminista de igualdade entre homens e mulheres teve forte repercussão à época da promulgação da Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que propunha a igualdade de direitos entre homens e mulheres (Equal Rights Amendment – ERA). Esperava-se que, com a promulgação da Emenda, estatutos legais que estabeleciam

distinções explícitas entre os sexos fossem invalidados. No entanto, o processo de ratificação da Emenda, que se iniciou em 1971 e terminou em 1982, não obteve sucesso.

Porém, apesar do fracasso na promulgação da Emenda, os debates públicos suscitados por esta tiveram o importante papel de fortalecer o movimento feminista, abrindo espaço para a discussão da igualdade de direitos nas agendas do Congresso Nacional dos Estados Unidos.

Os argumentos giravam em torno da ideia de que as leis da época adotavam a ideologia da separação de esferas, relegando a mulher às esferas privadas do lar, enquanto o homem dominava as esferas públicas do trabalho, política e vida intelectual. Essa divisão de homens e mulheres nas esferas públicas e privadas seria um reflexo da adoção de uma ideologia patriarcal que não correspondia a própria configuração da realidade, uma vez que eram comuns exemplos de mulheres que trabalhavam fora de casa e eram responsáveis pela manutenção de suas famílias. Explícitas distinções entre os sexos eram traçadas por leis e seguidas por juízes e advogados, os quais acreditam que se tratavam de diferenças naturais entre os sexos.

Com a 14ª Emenda à Constituição Americana, que previa a “*Equal Protection Clause*”, realizou-se uma interpretação extensiva que acabou por invalidar distinções baseadas na diferença de sexo em diversos contextos, eliminando dispositivos discriminatórios dos estatutos legais.

No entanto, o feminismo liberal foi arduamente criticado e descrito em termos negativos, tido como limitado, visto que pretendia apenas uma igualdade formal. Porém, é inegável a observância de que a corrente representa a maior influência feminista que alcançou o Direito, trazendo a garantia de igualdade entre homens e mulheres na legislação, o que já representa um mínimo qualitativo na condição de vida das mulheres.

Apesar do sucesso e além das críticas do movimento igualitário ao ser coroado pelo princípio da igualdade entre homens e mulheres nos estatutos legais, as teóricas feministas continuaram questionando a insuficiência das conquistas alcançadas para uma efetiva igualdade entre os gêneros. Assim, surge uma nova corrente que acreditava que o igual tratamento concedido pela lei não poderia colocar homens e mulheres em condições de igualdade real.

Dessa forma, cobranças de mudança às legislações foram surgindo, a fim de garantir às mulheres a satisfação de suas necessidades. As leis não deveriam mais ser fixadas em termos neutros ou tomando o homem como único parâmetro a ser seguido ao considerar as necessidades das mulheres. Foi constatado que em muitas das ocasiões

em que o princípio da igualdade era aplicado, não restava equacionada a questão de desvantagem da mulher em relação ao homem.

A nova perspectiva abriu caminho para que as feministas operassem suas investigações nos múltiplos aspectos das diferenças entre homens e mulheres, o que foi respondido como surgimento de uma nova escola feminista, as feministas radicais. Empenhadas em criticar o feminismo liberal, as feministas radicais questionavam conceitos como privacidade, objetividade e direitos individuais, o quais, segundo suas teóricas, legitimavam o *status quo vigente*, mantendo as mulheres sob a condição de dominação masculina.

Seguindo a corrente da diferença entre os sexos, outras feministas fundaram uma segunda escola, conhecida como feminismo cultural. Também reconhecendo a diferença entre homens e mulheres, defendia uma forma de enaltecer as mulheres, glorificando a forma como lidavam com o mundo, com os conflitos e como costumavam construir sua identidade (CHAMALLAS, 2003). Enaltecendo o aspecto maternal da mulher, o feminismo cultural propunha uma nova e positiva interpretação de gênero. Segundo esta corrente, perseguir a inclusão social da mulher nas posições normalmente ocupados pelo homem era uma meta equivocada, na medida que adotava e tentava aplicar às mulheres padrões masculinos de comportamento. Assim, Fraser (1997) acreditava que o feminismo cultural deveria se opor à subvalorização da mulher através do reconhecimento da diferença de gênero e da revalorização da feminilidade.

Entretanto, logo surgiram críticas ao culturalismo feminista, indagando-se até que ponto trazer a tona a imagem de mulher frágil, sensível e protetora não se tornaria perigoso ao feminismo. Os críticos acreditavam que as seguidoras do feminismo cultural estavam tentando reaver a imagem da mulher feminina e domesticável, o que poderia impor barreiras à inclusão da mulher nas esferas públicas, luta incessante de todo o movimento feminista.

Nos anos 90 as feministas passaram a se preocupar com questões que se distanciavam do dualismo homem versus mulher, criticando as correntes liberais, radicais e culturais. Surge, então, o feminismo pós-moderno, tendo como marco a ênfase na diversidade existente entre as mulheres, a partir das vertentes antiessencialista e multiculturalista.

As feministas essencialistas partiam da premissa de que fatores como raça, classe, etnia, características físicas e orientações sexuais diferem as experiências das mulheres entre si. Assim, faz sentido repartir a estratégia feminista em múltiplas ações, buscando

a produção de políticas que atendam à multiplicidade de perspectivas feministas (CAIN, 1991).

Por outro lado, também surgiu um novo movimento feminista inspirado pelas discussões do multiculturalismo, que, segundo Fraser (1997), corresponde ao novo estágio da teorização feminista. Esse movimento luta pelo reconhecimento da diferença, onde feministas, gays, lésbicas, membros de grupos sociais e minorias aliam-se em oposição à padronização do homem branco, de classe média e heterossexual, tendo os demais como desviantes (FRASER, 1997).

O multiculturalismo tem por objetivo reconhecer a pluralidade de diferenças, equalizando as diversas formas de manifestação da identidade humana, onde a “compreensão do diferente como desviante cederia espaço para uma positiva apreensão da diversidade humana” (FRASER, 1997, p.184).

Entretanto, Fraser (1997) destaca que políticas de reconhecimento da diferença, voltadas à valorização positiva da diversidade de identidades culturais, não seriam o bastante para a garantia dos direitos legais dos diferentes grupos. Tal fato ocorre, segundo a autora, porque as relações de subordinação e dominação e as incompatibilidades entre os grupos tendem a continuar enquanto não forem articuladas políticas sociais de redistribuição de poder.

Dito isto, tanto a abordagem antiessencialista como a multiculturalista restringem as análises propostas ao nível cultural, fracassando na tentativa de produzir soluções eficazes para diminuição da dominação de um grupo pelo outro.

Dessa forma, as teorias feministas constituem um aparato para compreensão das construções culturais elaboradas ao longo dos séculos a respeito dos papéis sociais atribuídos às pessoas conforme pertençam a determinado sexo biológico, encontrando, muitas vezes, relações assimétricas e hierárquicas entre homens e mulheres. Tal fato faz com que surja a necessidade de previsões legais que observem as especificidades no sentido de superar diferenças, esperando-se que um dia as mesmas não existam.

A legislação brasileira, no que tange à questão de gênero, apresenta longo histórico de discriminação negativa, com exemplos nos textos legais que previam expressamente tratamento discriminatório em relação à mulher e confirmando o contexto social e cultural que produz e reforça a crença de subordinação do feminino ao masculino. É exemplo dessa discriminação, o código civil de 1916 (que vigorou até 2002), onde se previa, em seu art. 219, inciso IV, a possibilidade de o marido anular o casamento caso constata-se que a esposa não era mais virgem, inexistindo qualquer previsão análoga no caso de que a mulher descobrisse tal fato em relação ao marido. Ademais, o Código Penal de 1940, ainda em vigor, previa, até 2005, o conceito de

“mulher honesta”, identificando aquela cuja conduta moral e sexual fosse considerada irrepreensível, característica indispensável quando fosse se assegurar proteção legal contra determinados crimes sexuais.

Sendo assim, este trabalho tem por objetivo identificar e analisar as influências da teorização feminista incorridas no âmbito do direito penal brasileiro, mais especificamente diante da criação, modificação e extinção de tipos penais, além da incorporação de princípios e conceitos. Para tanto, foram utilizados como procedimentos práticos metodológicos tanto o levantamento bibliográfico, na literatura já existente acerca da temática, como o levantamento documental na legislação vigente.

3. DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE MATERIAL E A IGUALDADE ENTRE OS SEXOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1998

Ao final do século XVIII e início do século XIX, surgiram declarações que se fundamentavam no chamado “princípio da igualdade”, adotado a partir das conquistas da Revolução Francesa. Este princípio passou a integrar diversos textos constitucionais e declarações de direitos fundamentais, pretendendo assegurar a igualdade de todos os cidadãos perante a lei. Dessa forma, o chamado Estado de Direito Liberal deveria garantir a livre concorrência entre os indivíduos, garantindo-lhes apenas uma igualdade formal, aquela perante a lei, estando eles aptos ou não a superar as desigualdades de vida.

Nesse sentido, Raposo (2004) assevera que:

A igualdade formal – também chamada de matemática, exacta, estrita, numérica, abstrata – remota 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 produzindo 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. (RAPOSO, 2004, p. 247)

Dessa forma, o projeto de um Estado de Direito voltado à defesa dos direitos naturais de todo cidadão foi deixado de lado com o surgimento de um Estado rigidamente submetido ao princípio da legalidade formal, onde, segundo Rios (2002, p. 37) esclarece que “o direito de igualdade decorre imediatamente do princípio de primazia da lei no Estado de Direito, sem consideração de quaisquer outros dados que não a abstrata e genérica formulação do mandamento legal”.

Assim, a igualdade formal não levava em conta as peculiaridades circunstanciais de cada situação pessoal e concreta dos destinatários da norma jurídica, resultando em “uma regulação igual de situações subjetivas e objetivas desiguais”, como assevera Rios (2002, p. 38). Contrariava-se, assim, a consagrada premissa de que ser justo seria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

O princípio da igualdade formal não só era ineficiente para alcançar as classes desfavorecidas econômica e politicamente, como propiciou ser construída, sob sua égide, toda uma legislação nazista, que aplicou, dentro dos parâmetros da legalidade, uma das mais atrozidades políticas discriminatórias da História. Assim, Rios (2002, p. 38) lembra que:

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

Dessa forma, era necessário ir além da igualdade meramente formal, tendo em vista que foi preciso chegar ao ponto em que o Estado aniquilasse completamente o valor da pessoa humana para que se tornasse vital a reconstrução dos direitos humanos, como bem destaca Piovesan (2010, p. 122), concluindo a autora que “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução”.

Passou-se, então, a serem inscritos nas reformuladas constituições dos Estados de Direito o princípio da igualdade material e os demais direitos fundamentais. O Estado passou a sofrer uma delimitação em sua soberania pela ordem de proteção dos direitos

humanos, criada justamente para atuar na defesa da pessoa humana quando as instituições nacionais se mostrassem falhas ou omissas (PIOVESAN, 2010).

As novas constituições promulgadas incluíam e anunciavam não só o direito a igualdade sem discriminações, mas também normas programáticas voltas à efetiva aplicação do direito à igualdade. Assim, Bueno (2011) assevera que quando as condições particulares do sujeito de direito devem ser levadas em consideração na aplicação das medidas de distribuição de justiça, então, o princípio da igualdade alcança seu aspecto material e passa a tutelar o direito da mulher (e de absolutamente todos) à igualdade de tratamento.

Ademais, essa noção de igualdade material se constitui em verdadeira resposta à constatação prática de que é insuficiente a mera afirmação de direitos para subverter as desigualdades sociais, econômicas e políticas que existem entre os indivíduos. Tornando-se, dessa forma, missão do Estado de Direito a busca pela igualdade material, o que implica o reconhecimento de às circunstâncias de cada indivíduo deverá ser casuisticamente avaliada, antes que a justiça seja estabelecida se for aplicado um tratamento discriminatório positivo, o qual seja capaz de eliminar as desigualdades acumuladas historicamente.

Dado importante é que, em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 respondeu com maestria à nova sistemática dos direitos fundamentais que se instaurou no séc. XX, tendo sido incorporada a dimensão material do princípio da igualdade à ordem constitucional e alcançada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Em meados de 1980, fase antecedente à promulgação da Constituinte de 1988, o movimento feminista se articulou com o propósito de fundar um órgão representativo dos direitos das mulheres junto ao governo federal. Dessa forma, teve como resultado a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, instituído pela Lei nº 7.353/85, cujo art. 1º previa que:

Fica criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, com finalidade de promover em âmbito nacional, políticas que visem eliminar a discriminação da 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 se empenhou para conscientizar a sociedade e a Assembleia Constituinte acerca dos direitos da mulher, que precisavam

restar assegurados pela nova Constituição. Béo (2006) relata que durante os trabalhos da Assembleia, atuou junto aos constituintes e à opinião pública o chamado “lobby do batom”, que objetivava o reconhecimento constitucional da igualdade entre homens e mulheres além a institucionalização de instrumentos capazes de assegurar tal igualdade futuramente.

Nesse mesmo sentido, Prata (2008, p. 09) 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 'lobby do batom', introduzindo dispositivos na Carta Magna concernentes à construção da igualdade de direitos e obrigações às mulheres e aos homens; 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.

Assim, a Constituição cuidou de proclamar não a mera igualdade formal, não trata-se de isonomia perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações, mas da igualdade material entre os sexos, proibindo determinadas discriminações e fixando, ao mesmo tempo, hipóteses de discriminação positiva, voltadas à proteção da mulher em situações particulares que necessitam de tratamento exclusivo.

Sendo assim, se o princípio da igualdade formal estabelece que todos sejam tratados sem discriminações, sua faceta material obriga que os desiguais recebam tratamento diferenciado. Assim, surge a noção de ação afirmativa, trazendo o reconhecimento de que determinados grupos de pessoas, em função de raça, gênero, etnia, religião, classe social, idade, nacionalidade, etc., são vítimas de preconceitos e discriminações historicamente acumulados, sendo prejudicadas na disputa por melhores condições de vida.

Nesse diapasão, Raposo (2004, P. 248) conceitua as ações afirmativas como

Toda uma série de atuações normativas, de natureza transitória, destinadas a eliminar a discriminação ou subordinação histórica sofrida 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.

Outrossim, Béo (2006, p. 92) realizou uma análise de todos os dispositivos constitucionais relacionados à mulher, identificando os seguintes eixos temáticos:

I – Dignidade da pessoa humana, previsto no art.1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988;

II – Igualdade em seu caráter genérico, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988;

III – Igualdade genérica entre homens e mulheres, em direitos e deveres, previsto no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988;

IV – Igualdade entre homens e mulheres em relação a direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal e outras entidades familiares, previsto no art. 26, §§3º, 4º e 5º da Constituição Federal de 1988;

V – Direitos da mulher relativos ao trabalho, previstos no art. 7º, incisos XX e XXX, da Constituição Federal de 1988;

VI – Direitos políticos, previstos nos arts.14 e 15, da Constituição Federal de 1988;

VII – Igualdade de homens e mulheres na aquisição da propriedade, previsto no art. 183, §1; e art. 189, Parágrafo Único, da Constituição Federal de 1988;

VIII – Direitos relativos à proteção maternidade, previstos nos arts. 6º e 7º, inciso XVIII; art. 201, inciso II; art. 203, inciso I; todos da Constituição Federal de 1988; e art. 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

IX -Igualdade para usufruir o direito à educação, previsto no art. 206, inciso I, da Constituição Federal de 1988;

X – Direito da mulher à aposentadoria, previsto no art. 40, inciso III, alínea “a” e art. 201, §7, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988;

XI – Direito da mulher à participação nos quadros militares, previsto no art. 143, §2º, da Constituição Federal de 1988;

XII – Proteção contra a violência doméstica, previsto no art. 226, §8º, da Constituição Federal de 1988.

Posto isso, a partir da fixação desses eixos de igualdade material entre homens e mulheres dispostos na Constituição Federal de 1988, iniciou-se um processo de adequação da legislação ordinária à nova ordem Constitucional. Dessa forma, serão analisadas, neste contexto, as alterações legislativas que recaem no âmbito do Direito Penal brasileiro.

4. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO SOBRE A INFLUÊNCIA DO FEMINISMO

As diferenças entre os sexos encontra reflexo no Direito Penal, tendo contribuído, este ramo, para a própria construção dessas diferenças, por meio de uma concepção da mulher como frágil e indefesa, ser que precisa de proteção especial, ou, ainda, por meio da criminalização de condutas que ressaltam estereótipos de mulher.

Bueno (2011) identifica dois momentos, em âmbito penal, nos quais a discriminação de gênero ocorre: na elaboração da lei penal, e o segundo, na aplicação dessa lei. A análise realizada neste trabalho cuida apenas de identificar aquelas inovações ou alterações legislativas que tenham sido influenciadas pelo movimento feminista.

Ademais, é importante frisar que foi adotado o marco temporal das alterações ou inovações legislativas que se deram após o final do século XX, em virtude da eclosão da onda feminista.

4.1 LEI Nº. 10.224, DE 15 DE MAIO DE 2001

Proposto o Projeto de Lei nº 61/1999, a Lei nº 10.224 foi promulgada em 2001, alterando o Código Penal brasileiro para introduzir a figura do tipo penal de assédio sexual.

O crime de assédio sexual resta como aquela conduta que, no âmbito do trabalho, constrange alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo, para tanto, a posição hierárquica do autor do fato sobre a vítima.

A introdução do assédio sexual no Código Penal brasileiro foi amplamente sustentada pelo movimento feminista, que desejava uma medida que pudesse reverter a posição de desvantagem da mulher nas relações de trabalho. Eluf (1999, p. 09) destaca que a inclusão do tipo penal responde a “uma reivindicação da mulher moderna, emancipada, daquela que se quer respeitada em casa e no trabalho, no espaço público tanto no privado”.

Bosco (2011) afirma que o surgimento do tipo penal de assédio sexual representou um “sinal de modernidade” para doutrina penal brasileira, já que, “a figura do assédio sexual aparece em nossa legislação da mesma forma em que grande parte das legislações estrangeiras, ligada à hierarquia do trabalho”.

Entretanto, Bueno (2011) assevera que a escolha da tipificação penal do assédio sexual não foi por toda doutrina jurídica aceita como a melhor solução para o problema, mencionando que práticas de assédio sexual configuram a manifestação da visão patriarcal machista no domínio das relações laborais, demandando efetivas práticas de prevenção, controle e punição, mas não necessariamente pela via do Direito Penal.

Nesse sentido, Silveira (2000) ressalta que não se está em busca de sustentar a posição machista, nem mesmo de se minimizar a conduta do agente, sendo ela reprovável socialmente. Apenas não seria reprovável penalmente, visto que, para além de atitudes éticas, crimes devem ser definidos por atitudes atentatórias a bens jurídicos, que por outras formas não possam ser atendidos. E o assédio sexual, preleciona o autor, pode se afigurar como mal da atualidade, porém, sua solução não passa pelo Direito Penal.

Isto posto, tem-se criticado que a tipificação criminal do assédio sexual violaria o princípio da *ultima ratio*, já que outras instâncias poderiam tratar satisfatoriamente do problema, respaldadas pelas figuras penais já existentes, a saber, o crime do constrangimento ilegal, ameaça e a contravenção da importunação ofensiva ao pudor.

Assim, Dotti (1998) acredita que o princípio da intervenção mínima é comprometido pela criminalização do assédio sexual, visto o nosso sistema legal já ser abastecido de leis que combatem o fato em âmbito de um direito disciplinar, além de destacar o caráter fluido da figura.

Por outro lado, Szafir (2003, p. 08) assevera que tal criminalização “jogou no 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 inconvenientes, nada têm de criminosas”.

Bueno (2011, p.120) atenta para o fato de que o Direito Penal não serve para esta tutela, sendo sua maior prova o fato de que o dispositivo enfrenta sérios empecilhos à sua aplicação, destacando-se as falhas na criminalização da conduta do autor do crime. Primeiramente, esclarece a autora, que trata-se este de um tipo penal aberto, que não delimita qual seria a “vantagem” ou “favorecimento sexual” identificado na conduta do autor, dando chance à retomada de um “Direito Penal regulador da moral, do pudor e dos bons costumes”.

Nesse sentido, Silveira (2000, p. 356) destaca 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 aos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal sexual. Limitou-se sua abrangência à liberdade sexual e , por que não dizer, da liberdade de autodeterminação sexual. Assim sendo, como entender que o assédio sexual, no qual não se vislumbra uma conduta violenta, nem de grave ameaça, possa ser tido como crime dessa ordem?

Como pretender que 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?

Concorda-se com Szafir (2003) quando da afirmação de que tal tipo penal traz grande malefício por ocupar o Juízo criminal com questões que não lhe dizem respeito, além de mostrar a mulher como ser ingênuo, frágil e que não está apto a se defender de uma proposta amorosa indesejada.

Ademais, Delmanto (2010, p. 702) destaca que deve-se ter em mente o princípio da proporcionalidade quando da identificação do crime de assédio sexual, posto que não deve restar configurado quando o agente tem apenas intuito de “paquerar”, “flertar”. Diante da previsão aberta deste tipo penal, o autor observa que “deve se distinguir atos que atentam contra o pudor daqueles simplesmente reprováveis e inoportunos, que somente molestem o ofendido e podem caracterizar as contravenções penais dos arts. 61 e 65 da Lei de Contravenções Penais”.

Outro fator que enseja críticas ao tipo penal em estudo trata da alteração do art. 225 do Código Penal, a partir da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, onde se estabelece que no crime de assédio sexual, da mesma forma como nos demais delitos incluídos nos capítulos Dos Crimes contra a liberdade sexual; contra vulnerável; e contra a dignidade sexual, 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 vulnerável.

Nesse sentido, para que a vítima do crime em tela busca a punição do autor do fato, além de sua estabilidade e futuro profissional, deverá formalizar uma representação, sem a qual a ação penal não terá início. Assim, Valente & Silveira (2001) desaconselham que “a ação penal do delito deva ser iniciada exclusivamente pela pessoa da ofendida, eis que a mesma se encontra sob o jugo do agente, por tal relação de superioridade, podendo coagi-la a não propositura da ação”. Acrescentam os autores que ação penal, nestes casos, deveria ser a pública incondicionada, para que se evitasse o agravamento da situação de vulnerabilidade da vítima.

4.2 LEI N.º 11.106, DE 28 DE MARÇO DE 2005

Em 2003, foi proposto o Projeto de Lei nº 117, mencionando que o Código Penal de 1940 “contempla anacronismos, estereótipos, preconceitos, discriminação, logo, inconstitucionalidades em relação às mulheres”, das quais tem-se como exemplo as expressões de “mulher honesta” incluída em alguns dispositivos penais. Assim, pretendia-se a retirada do termo “mulher honesta” do art. 216, do Código Penal, e a substituição do termo “mulher” por “pessoa” no art. 231, do mesmo Estatuto legal.

Bem verdade é que o Projeto de Lei nº 117/2003 acabou por englobar diversas outras alterações vinculadas à promoção da igualdade de gêneros, e na véspera do Dia Internacional da Mulher, o Projeto foi encaminhado à sua redação final para sanção do Presidente da República, tendo sido transformado na Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.

Bueno (2011) destaca a forte influência do discurso feminista para a promulgação da referida lei, asseverando que o discurso feminista procurou transformar o Direito Penal, retirando-lhe as marcas patriarcalistas e discriminatórias, além de se demonstrar crente na suposta aptidão do Direito Penal para promover a igualdade de gênero.

O principal propósito e grande mérito da Lei 11.106/2005 foi possibilitar a adequação do Código Penal vigente à realidade social e cultural da atualidade, cuidando de eliminar expressões ou dispositivos que se referiam à posição da mulher em papéis que era atribuídos aos padrões de comportamento que antigamente existiam. Assim, tipos penais que tutelam a liberdade sexual da vítima apenas se ele for considerada “mulher honesta” significa a representação do Direito Penal criador de gênero e discriminação.

Sobre a definição de “mulher honesta”, Hungria (1956, p. 694) costumava prelecionar:

A vítima deve ser 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.

Dessa forma, são visualizadas medidas formais de neutralização de discriminações de gênero apresentadas no Código Penal, com a exclusão do termo de “mulher honesta” do art. 215 e 216, e a substituição de “mulher” para “pessoa” no art. 231. Houve acompanhamento dessa tendência nos crimes de adultério e sedução, arts.

240 e 217, respectivamente. Dispositivos que em nada se relacionavam a com nova concepção da mulher na sociedade, bem como sua maturidade e autonomia.

Entretanto, Bueno (2011) atenta para o fato de que a Lei n.º 11.106/2005 não nasceu com o propósito de reformular o Direito Penal sexual, apesar de ter realizado avanços no sentido de descriminalizações. Posto isso, é que foram rejeitadas alterações sugeridas para reformulação dos tipos penais de estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, a partir de uma noção que tinha “relação sexual” definida como “qualquer tipo de introdução por via vaginal, anal ou oral, limitando-se, neste último caso, à introdução de órgão sexual”. Assim, a reforma do Direito Penal sexual ficou para quatro anos depois.

4.3 LEI N.º 11.340 DE 07 DE AGOSTO DE 2006

A Lei Maria da Penha representou a grande manifestação do poder de influência do movimento feminista brasileiro na promulgação de leis. Seu projeto e anteprojeto foi resultado da união de organizações governamentais e não governamentais feministas para elaboração de uma lei de combate à violência doméstica.

A luta das feministas contra a violência de gênero, em especial a violência doméstica contra a mulher, iniciou-se na década de 1980, em paralelo ao movimento de redemocratização. Mobilizações envolveram a instalação de delegacias especializadas no atendimento à mulher.

Por outro lado, com a instalação dos Juizados Especiais Criminais, a partir da promulgação d Lei 9.099/95, iniciou-se uma nova frente de batalha para as feministas. A maioria dos crimes de quem eram vítimas as mulheres no contexto doméstico acabou por se enquadrar como de menor potencial ofensivo, conceito trazido pela nova Lei. Passou a existir, no rito especial, o instituto com a finalidade de maior conciliar o interesse das partes de forma célere.

Assim sendo, a Lei 9.099/95 passou a prever que não seriam instaurados inquéritos policiares para investigação de crimes de menor potencial ofensivo, devendo ser lavrados Termos Circunstanciados que seriam remetidos ao Juizado Especial Criminal, onde se realizaria prévia audiência de tentativa conciliatória entre vítima e autor do fato. Nesse sentido, Dias (2010, p. 58) assevera que:

A Lei dos Juizados Especiais esvaziou as Delegacias da Mulher, que passaram 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 dos 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 casos. Mesmo feita a representação, e sem a participação da ofendida, o Ministério Público propunha transações penais de aplicação de multa ou pena restritiva de direitos.

Em 1994, o Brasil tinha ratificado a Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), e em 1995 ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Assim, as entidades políticas do país vinham assumindo diversos compromissos em contexto internacional voltados à promoção da igualdade entre homens e mulheres e à erradicação da violência contra a mulher. Entretanto, fato é que, em 1998, a Comissão Interamericana de Direito Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) recebeu uma denúncia formulado por Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica, que tinha sofrido duas tentativas de assassinato por parte de seu marido, tendo ficado paraplégica em decorrência disso. Ao julgar o caso, a OEA considerou que o Estado brasileiro tinha descumprido uma série de direito assegurados pelas Convenções assinadas, recomendando que o Estado prosseguisse e intensificasse o processo de reforma legislativa do país, para evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminante com respeito à violência doméstica contra as mulheres brasileiras.

Assim, foram promulgadas duas leis que previam dispositivos específico para casos de violência doméstica, a Lei n.º 10.455/2002 e a Lei n.º 10.886/2004, acrescentando medidas cautelares que poderiam ser aplicadas após a lavratura do termo circunstanciado, visando o afastamento do agressor do local de convivência com a vítima, além de acrescentar ao art. 129 do Código Penal, uma nova modalidade de lesão corporal de natureza leve, que passou a configurar o crime de violência doméstica. Além disso, criou-se uma causa de aumento de pena para os crimes de lesão corporal de natureza grave e lesão corporal seguida de morte para quando “a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo o agente das relações domésticas de coabitação ou de hospitalidade”.

No entanto, estas duas leis não foram suficientes para resolver o problema da violência doméstica contra a mulher. Assim, foi promulgada a Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, que visou a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal brasileira, da CEDAW e da Convenção de Belém do Pará.

Além disso, a Lei Maria da Penha aumentou a pena do crime de violência doméstica previsto no §9 do art. 129 do Código Penal brasileiro, passando de seis meses a um ano, para três meses a três anos, e retirando, assim, a competência dos Juizados Especiais Criminais, onde vige o rito especial. Acrescentou, ainda, a hipótese de causa de aumento de pena se o crime for praticado contra pessoa portadora de deficiência, no § 11 do art. 129 do Código Penal.

Fato importante é que a Lei 11.340/06, dispõe, em seu art. 41, que não será aplicada, nos casos de crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, os dispositivos da Lei 9.099/95. Isso implica que ao acusado desses crimes não sejam garantidos os benefícios transacionais previstos na Lei dos Juizados Especiais.

Larrauri (2008) tece a consideração de que a criminalização da violência doméstica contra a mulher não comportaria uma maior proteção da vítima, e por conta disso, a discussão deveria ser acerca da melhor forma de conseguir proteção da mulheres frente aos comportamentos violentos, e não em maior punição para os agressores. A autora assevera que “clamar pela intervenção do sistema penal implica, ao menos, em articular um processo penal atender às necessidades da mulher e estabelecer um direito penal que ofereça respostas diversas às demandas que venham a surgir”.

Assim, se apenas são criados novos delitos ou aumentadas as penas dos já existentes, termina-se por instigar a mulher a uma esperança falsa de que a sua situação irá melhorar, quando, na realidade dos próprios limites do sistema penal, isso se mostra utópico.

Bueno (2011) destaca que a mulher não encontra a solução que precisa para o problema da violência doméstica no direito penal, tendo em vista os limites da aplicação das medidas de proteção da vítima, visto que nem sempre elas 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.

No mesmos sentido, Larrauri (2008) ressalta que as vítimas recorrem ao sistema penal nem sempre buscando um castigo, tendo em vista que em diversas situações elas são movidas por razões instrumentais, sendo o sistema penal um elemento a mais nas múltiplas estratégias que poderiam ser usadas na negociação com o agressor na busca por uma situação mais favorável à vítima. Acontece que o direito penal se mostra interessado em servir à sua própria lógica interna punitiva do que em servir às vítimas. Além disso, assevera a autora que o processo penal, em especial, ignora as necessidades da mulher, não garantindo uma efetiva integração desta como parte no processo, seja ignorando que a vítima passa por seguidos processos de elaboração da violência, ou

quando desqualificando o depoimento da mulher, muitas vezes única prova no processo, o qualificando como inverossímil.

Isto posto, é com cautela que se deve apontar a via do direito penal como solução aos problemas de violência doméstica contra a mulher brasileira.

4.4 LEI N.º 12.015, DE 07 DE AGOSTO DE 2009

A Lei n.º 12.015/2009 representa uma evolução na legislação pátria no que tange a reforma dos crimes sexuais previstos pelo Código Penal de 1940. Ainda no encaminhamento à votação de seu Projeto de Lei ao Senado, a Senadora Patrícia Saboya destacou que:

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 dos direitos 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 as mudanças.

O primeiro exemplo de evolução se dá com a mudança do Título VI, do Código Penal de 1940, que era chamado de “Dos crimes contra os costumes” e passa a ser classificado como “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Bueno (2011) destaque a mudança simboliza o abandono da noção de que o Direito Penal é utilizado para garantir comportamentos socialmente construídos como adequados, cheios de preconceito, machismo e dogmas religiosos.

Dessa forma, a tutela penal passou a recair sobre o indivíduo e não mais sobre a ordem geral de costumes que impunha um pudor coletivo da moral social. Passou-se a criminalizar condutas que causam dano concreto ao indivíduo, em sua liberdade e autodeterminação sexual, não mais condutas que apenas atentavam contra valores morais.

Greco & Rassi (2011, p. 90) 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 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 ocultas 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.

Dessa forma, o Direito Penal como mecanismo de manutenção das relações de poder existentes por meio do controle das condutas humanas garante a proteção das instituições tracionais que estruturam a sociedade. Como destaca Bueno (2011), o androcentrismo relegou a mulher ao papel de reprodutora, mãe responsável pelos cuidados dos filhos, tendo a família como seu único ambiente de atuação e realização. Dessa forma, é de se compreender que o Direito Penal tenha firmado, por tanto tempo, a idéia de que somente seriam dignas de proteção sexual a mulher honesta ou virgem, que seria extinta a punibilidade do agente quando do casamento da vítima de crime sexual, ou que seria assegurado ao marido o direito de obrigar a esposa a manter relações sexuais, mesmo contra a sua vontade. Por trás destes comandos restavam a imagem da mulher como ser frágil, indefeso e sem vontade própria, carente de uma tutela especial.

Entretanto, a partir do momento em que as mulheres passaram a assumir novos papéis sociais, o Direito Penal passou a refletir uma concepção que deixou de fazer sentido ante as novas posições sociais conquistadas. Assim, todos os direitos passaram a ser pleiteados em pé de igualdade e acompanhando essa fórmula, o Direito Penal sexual passou, por bem, a reformulação, abandonando preceitos morais.

Assim, com a promulgação da Lei n.º 11.106/2005, teve início a adaptação do Código Penal brasileiro a essa nova realidade da mulher. Foram retiradas do texto legal expressões como “mulher honesta”, “mulher virgem”, entre outras que remetiam a uma discriminação baseada na moralidade.

A Lei n.º 12.015/2009 pretendeu não apenas mudanças pontuais, mas clamou por uma reestruturação do Título correspondente dos crimes sexuais, devendo-se adequar um novo bem jurídico, até então relacionado aos valores morais.

Posto isto, a teoria e práxis feminista questionava o tratamento em separado dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, denotando que previam reprimendas diferentes. Segundo as feministas, o tal discurso sustentava uma maior repressão do estupro por este poder provocar uma gravidez, e estava-se tentando proteger, aqui, a

função reprodutiva legítima, devidamente amparada pelo matrimônio, e não a dignidade da vítima. Por outro lado, foi discutido que, em decorrência do patriarcalismo, o estupro seria mais grave em sua punição por implicar a desvalorização da mulher perante a sociedade, visto não conseguir mais um bom casamento ou, sendo casada, tal fato incorreria em desonra para o marido.

Em 1990, com a promulgação da Lei n.º 8.070, as penas cominadas para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram majoradas e igualadas no patamar de seis a dez anos. Dessa forma, o Código Penal equiparou o coito vaginal, ao anal, oral, bem como à penetração por meio de objetos (atos libidinosos), reconhecendo que do ponto de vista da vítima, qualquer tipo de penetração representaria alto grau de violação da liberdade e dignidade sexual. Assim, sobre o tema, Franco (2001, p. 98) assevera 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. Equiparam-se, deste modo, a cúpula vaginal à cúpula anal, que são submetidos a uma idêntica violação. Tal posicionamento encontra embasamento do proclamado princípio da igualdade entre a sexualidade feminina e a masculina e no fato de ambas as atividades delitivas produzirem um grau de danosidade equivalente.

Bueno (2011) destaca que ao se neutralizar as referências de gênero das partes no crimes de estupro, termina-se por omitir a realidade de que são as mulheres as principais vítimas de estupro, em larga vantagem. Então, o estupro se manifesta como um crime típico de homens contra as mulheres, existindo, ainda, discriminações historicamente acumuladas que acarretam a impunidade dos homens e a revitimização da mulher, que acaba sendo desacreditada e culpada por ter provocado o crime. Sendo assim, as feministas destacam que os homens podem ser sujeito passivo do crime de estupro, mas que este é um temor que atinge muito mais às mulheres.

No entanto, apesar de ter implicado na eliminação de moralismo e marcas sexistas, a principal motivação dos legisladores promover as alterações da Lei 12.015/09, diz respeito ao novo status atribuído à violação dos homens, como se agora eles também pudessem usufruir do valor simbólico acarretado pelo Direito Penal. Apesar de a violência cometida contra o homem já possuir previsão legal, no crime de atentado violento ao pudor, prevendo-se mesma pena para o crime de estupro, era a violência sexual, que previa especificamente a cúpula vaginal, que se sobressaía em destaque.

Assim, a violação de homens e mulheres é tratada de forma neutra, ainda que essa nova disposição iguale os sexos em termos meramente formais, é uma importante mudança que representa a tentativa de dissociar o estupro de sua origem patriarcal e moralista, como na antiga previsão. Posto isto, ainda que as alterações da Lei n.º 12.015/09 tenha visado apenas no direito dos homens ao igual tratamento, foi uma mudança para melhor, e poderia ser ainda melhor se tivesse elaborado uma nova reação ao artigo, eliminando a expressão “conjunção carnal” por uma mais neutra, que envolvesse todo tipo de coito, tornando o tipo penal ainda mais neutro.

Outrossim, o art. 228, do Código Penal, que previa o crime de favorecimento da prostituição, passou a englobar “outras formas de exploração sexual”. A conduta típica consistiria em “induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone”.

O ordenamento penal brasileiro não considera a prostituição crime, atribuindo à mulher o direito de escolha se quer ou não se prostituir, ou seja, confia na mulher para discernir sobre a decisão de usar o próprio corpo para receber recompensa financeira em troca de relações sexuais. No entanto, qualquer conduta de terceiro que possa levar a pessoa a se prostituir, desde que por vontade própria e sem violência ou ameaça, não deveria ser considerada criminosa. Diferente ocorre quando se destaca as condutas de dificultar ou impedir que se abandone a prostituição, que representam restrição à liberdade do indivíduo, parecendo acertada a previsão constada no tipo penal.

Já o art. 229, do Código Penal, mantendo a expressão “Casa de Prostituição”, passa a tratar da conduta de “manter, por contra própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”. Assim, partindo-se do conceito de exploração, que implica na existência de subordinação ou submissão de uma pessoa à situação desumana, sem possuir chance de sair desse contexto, prevalece a instituição de um controle severo sobre estabelecimentos em que ocorram tais práticas.

O art. 230, Código Penal, também sofreu alterações nas previsões de seus parágrafos a partir da promulgação da Lei n.º 12.015/09. O caput do referido artigo prevê a conduta de “tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça”. A primeira parte do primeiro parágrafo passa a prever a hipótese do crime qualificado quando a vítima for maior de catorze e menor de dezoito anos. Na segunda parte do parágrafo a alteração recai sobre a discriminação de todas as relações ou obrigações de cuidado, proteção ou vigilância que ligam a vítima ao agente, tornando o crime

qualificado. Já o segundo parágrafo do art. 230, passou a prever outra hipótese de crime qualificado quando o proveito for praticado mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima.

Bueno (2011) destaca o fato de, no caput do art. 230, a expressão “prostituição” não ter sido alterada para “profissão”, acentuando o fato de que a prostituição não é tida como uma profissão e de que a pessoa que se prostitui é vítima das circunstâncias, não possuindo livre opção. A autora assevera, ainda, que o melhor, para o meio jurídico, seria regulamentar a profissão, estabelecendo vínculos empregatícios, e deixando que a pessoa que se prostitui desenvolva relações profissionais e pessoais de seu próprio interesse.

Ainda no Capítulo V, do Código Penal, os arts. 231 e 231-A sofreram alterações a partir da Lei n.º 12.015/09. Os dois artigos tratam, especificamente, do tráfico internacional e do tráfico interno de pessoas, criminalizando tais condutas quando para fins de prostituição ou exploração sexual. Sobre a temática, Bueno (2011) esclarece que, com relação à prostituição, prática não proibida pelo ordenamento brasileiro, os tipos penais em tela, quando se referem ao tráfico para prostituição, criminalizam condutas daqueles que, sem violência ou grave ameaça, apenas colaboram com a pessoa que, por vontade própria, exercendo sua autodeterminação sexual, deseja se prostituir. Não há nesses casos, segundo a autora, violação a qualquer bem jurídico. Diferentemente, a alteração dos artigos para inclusão do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual adentra em um campo mais efetivo à problemática, tendo em vista que a noção de exploração sexual traz requisitos que pressupõe relação submissa e forçada do indivíduo explorado, pressupondo violações aos direitos humanos da liberdade sexual, de autodeterminação e da própria dignidade sexual.

A partir das linhas gerais das alterações concebidas em âmbito penal a partir da Lei 12.015/09, percebe-se que o legislador possui o interesse de adaptar o Direito Penal à tendência mundial de abandono de preceitos morais, tentando promover a igualdade de gênero e regular a prostituição de forma direta, a partir da criminalização do comportamento de terceiros, tendo, ainda, nesse ponto, uma postura paternalista de proteção à mulher.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento feminista tem utilizado, durante a história, o Direito como instrumento em suas reivindicações, desde a busca da igualdade formal entre homens e mulheres até o momento atual da diversidade. Assim, desenvolveu-se uma apurada Teoria Feminista do Direito, passando pelos estágios liberal, cultural, radical e pós-moderno.

A expansão do Direito Penal foi apoiada e incentivada pelo movimento feminista brasileiro, sob a perspectiva de que este ramo apresenta valor simbólico perante a sociedade, o que possibilita aumentar a percepção social da gravidade das violências e discriminações impostas às mulheres.

Entretanto, o Direito Penal acaba por assumir um papel paternalista e por alimentar a visão da mulher como ser frágil, além de submetê-las a uma dupla vitimização ao adentrar no sistema penal, na medida em que as instituições ainda reproduzem preconceitos, discriminações e estereótipos que, infelizmente, ainda estão impregnados na sociedade.

Ademais, observa-se que o Direito Penal sofreu consideráveis alterações sob a influência do movimento e teoria feminista. O estudo dessas modificações legislativas expõe que a relação entre feminismo e Direito Penal colaborou para a expansão desse ramo do Direito, com um aumento de sua legislação. No entanto, esse aumento de leis não poderá representar a solução total dos problemas das mulheres, posto que existem desvantagens na criminalização de complexos problemas sociais que vão além do uso de seu poder simbólico perante a sociedade. Sendo assim, é preocupante destacar que o caráter simbólico e paternalista ainda vigente no direito penal brasileiro para com o indivíduo do sexo feminino acaba por mitigar a idéia de autodeterminação da mulher.

6. REFERÊNCIAS

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

BEAUVOUR, S. **O segundo sexo.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BEO, C. R. **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 – USP, 2006.

BODELÓN, E. Relaciones peligrosas: género y derecho penal. **RBCCrim** nº 29, 2000.

BOSCO, M. G. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2430/assedio-sexual-nas-ralacoes-de-trabalho>>. Último acesso em 11 de novembro de 2014.

BUENO, M. G. R. C. **Feminismo e Direito Penal**. Dissertação de mestrado apresentada à . Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011.

CAIN, P. Feminist Jurisprudence: grounding the theories. In: BARTLETT, K. T.; KENNEDY, R. **Feminist legal theory: readings in law and gender**. Boulder: Westview Press, 1991.

CHAMALLAS, M. **Introduction to feminist legal theory**. 2ª ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

DAHL, T. S. **O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista**. Tradução de Teresa Pizarro Belez. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DELMANTO, C. DELMANTO, R; DELMANTO JR, R.; DELMANTO, F. M. A. **Código Penal comentado**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DIAS, M. B. **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 dos Tribunais.

DOTTI, R. A. **A criminalização do assédio sexual**. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. Vol. 2. n. V, jul/dez, 1998.

ELUF, L. N. **Crimes contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

FRASER, N. **Justice Interruptus: critical reflections on the "postsocialist" condition**. New York: Routledge, 1997.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. Vol. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense 1956.

LARRAURI, E. **Control informal: las penas de las mujeres**. In: LARRAURI, E. **Mujeres, Derecho penal y criminología**. Madrid: Siglo XII de España Editores S.A, 1994.

NYE, A. **Teoria feminista e as filosofias do homem**. Tradução de Nathanael C. Canixeiro – Rio de Janeiro: Record – Rosa dos Tempos, 1995.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PRATA, A. P. S., B. 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, V. L. C. O poder de Eva. O princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos: **problemas suscitados pela discriminação positiva**. Coimbra: Almedina, 2004.

RIOS, R. R. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: **a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SABOYA, P. **Diário do Senado Federal nº 12**, publicado em 02/mar/2005. p. 03659.

SILVEIRA, R. M. J. **O assédio sexual como fato criminoso**. Boletim IBCCrim nº 89, v. 8, 2000.

SZAFIR, A. L. **O assédio sexual e as vagabundas das Minas Gerais**. Boletim IBCCrim, nº 132, v. 11, 2003

VALENTE, M. I. T.; SILVEIRA, R. M. J. **Críticas à Lei de assédio sexual**. Boletim IBCCrim, nº 103, v. 9, 2011.

7. ABSTRACT

This paper aims to carry out a critical analysis of the relationship of influence experienced by the Brazilian Penal Law from Feminist Theory, based on the changes envisioned under criminal law. At first, it is highlighted in the theoretical question, the historical development of the relationship between science and Feminist Legal Theory, going up, then the examination of major legislative changes occurred after the advent of the twentieth century, in response to demand social protection in the face of state crimes. In this context, we analyzed the legislative amendments sponsored by the Brazilian feminist movement of the twentieth century, identifying the extent to which these changes have become beneficial to women and society as a whole.

Key words: Feminism; Penal law; Legislation