

LIÇÃO 11

A POSIÇÃO DAS MULHERES NO DIREITO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fundamentos da teoria feminista do direito – 3. Direito masculino e patriarcalismo jurídico – 3.1. Patriarcalismo Jurídico – 4. Tópicos de sociologia jurídica na perspectiva feminista – 4.1. Sexo/gênero – 4.2. Público/privado – 4.3. Violência contra a mulher – 4.3.1. Abordagem teórica – 4.3.2. Tutela penal das mulheres – 4.3.3. A leitura da violência de gênero na prática judicial brasileira – 4.4. Direitos das mulheres e empréstimo jurídico – 4.5. Direitos das mulheres e ações afirmativas – 4.6. As mulheres como operadoras do direito – 5. Conclusão: resposta a Radbruch.

1. Introdução

Estudos da Organização Mundial da Saúde (OMS), elaborados na década de 2000, indicavam que quase a metade dos homicídios femininos praticados no mundo foi de autoria de namorados, maridos ou companheiros, ex ou atuais.¹ Pesquisa realizada no mesmo período em cinquenta países, pela Anistia Internacional, revelou que uma em cada três mulheres foi vítima de violência doméstica, foi obrigada a manter relações sexuais ou submetida a outros tipos de violência.² Em 2013, a ONU previa que sete em cada dez mulheres no mundo seriam vítimas de atos de violência, física e/ou sexual.³

Os dados da OMS mostram a complexidade do problema. A violência é uma realidade com a qual a mulher se confronta desde a sua tenra infância. Em 2012,

1. OMS, Informe Mundial sobre Violência e Saúde 2002. Disponível em: [http://www.who.int/violence_injury_prevention]; OMS, Estudio multipaís sobre la salud de la mujer y violencia doméstica, 2005. [http://www.who.int/gender/violence/who_multi-country_study/summary_report/summaryreportSpanishlow.pdf]. No Brasil, identificou-se que 37% das mulheres na zona rural e 29% na zona urbana sofrem algum tipo de violência física e/ou sexual, sendo que, na maioria dos casos, a mulher é vítima de ambas as formas de violência (p. 19 e 21).

2. [<http://web.amnesty.org/actforwomen/domestic-index-esl>].

3. Boletim semanal da ONU para o Brasil, n. 93, 8-3-2013 [<http://www.onu.org.br/boletim93>].

essa organização indicava que aproximadamente 20% das mulheres no mundo se declaravam vítimas de violência sexual na infância. Ainda nesse período, a OMS denunciou que entre 15% e 71% das mulheres, de 15 a 49 anos de idade, foram vítimas de violência física e/ou sexual por parte de seus maridos ou companheiros em algum momento de suas vidas. As análises acerca dos fatores de risco demonstram que crianças que conviveram com violência desde pequenas possuem maior chance de reproduzirem a mesma experiência na vida adulta.⁴

As estatísticas mais atuais da OMS (2015) mostram que 14 dos 25 países que apresentam as maiores taxas de assassinatos de mulheres por questões relacionadas com a cultura machista se situam geograficamente na América Latina e no Caribe. Em nosso continente, uma em cada três mulheres foi, ao menos uma vez em sua vida, vítima de violência sexual, fato que permitiu a OMS afirmar que a região enfrenta uma verdadeira “epidemia” de práticas de violência sexista⁵.

Em publicação de 2016, a Unicef relata que 120 milhões de meninas e adolescentes, abaixo dos 20 anos de idade (uma em cada dez), foram submetidas a relações sexuais⁶.

Em relação ao Brasil, estudos da Anistia Internacional da década de 2000 indicavam que a violência contra a mulher era corriqueira e tendente a crescer.⁷ Pesquisa de 2010 mostrou que 70% das mulheres brasileiras tinha sofrido algum tipo de violência e estimava que cerca de trezentas mil eram vítimas de violência doméstica por parte dos maridos ou companheiros.⁸ Nesse mesmo ano, dados do governo federal indicavam que a taxa de homicídios femininos havia aumentado 10% em comparação com 2008, sendo que em alguns Estados o aumento ultrapassou o 50%.⁹

Em 2011 a taxa de homicídio de mulheres era de 3,9 em 100.000, sendo muito elevada em comparação internacional.¹⁰ Pesquisa desenvolvida no mesmo período no Estado do Rio de Janeiro (“Dossiê Mulher”), pela Secretaria de Segurança

4. [<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/index.html>], nota descritiva n. 239, novembro de 2012). Cf. Treiner, 2011, p. 210.

5. *Estudio multipaís sobre la salud de la mujer y violencia doméstica*. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2015. Dados sobre o Brasil nas p. 6-9. [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43390/1/924359351X_spa.pdf].

6. [<https://data.unicef.org/topic/child-protection/violence/sexual-violence/#>].

7. [<http://web.amnesty.org/actforwomen/domestic-index-es>].

8. [<http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/detail/152823.html>].

9. [<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=104257&tp=1>].

10. Pesquisa do Instituto Sangari, *Mapa da violência 2010. Anatomia dos homicídios no Brasil*. [<http://www.mapadaviolenciaorg.br/pdf2010/MapaViolencia2010.pdf>].

Pública, indicou que ocorria um feminicídio por dia.¹¹ Apesar da elaboração da Lei Maria da Penha em 2006 e do importante aumento de denúncias por parte das vítimas, indicadores de pesquisas elaboradas a partir de 1980 indicaram que o Brasil ocupava em 2011 a sétima posição, em uma lista de 84 países, em relação aos índices de violência física e/ou sexual contra a mulher, sendo que, entre 1980 e 2010, o número de mulheres assassinadas aumentou de 217,6%.¹² Dados mais recentes confirmam o aumento dos casos de violência contra a mulher no Brasil, apenas nos últimos dez anos, cresceram 24%¹³.

Pesquisa jussociológica realizada em Pernambuco, na *Vara de Violência Doméstica e Familiar do Recife*, em 2014, concluiu que vítimas e réus envolvidos nessa classe de conflitos são oriundos das classes menos abastadas, sendo predominantemente pardos e que ocorre um significativo aumento de encarceramento de agressores nos últimos anos. Porém, o encarceramento se dá de forma contrária aos interesses das mulheres, conforme pesquisa etnográfica¹⁴. Essa é uma questão recorrente na pesquisa criminológica sobre violência doméstica, desde os anos de 1980 nos EUA e na Europa (Sabadell, 2005), mas que foi ignorada no Brasil. Até que ponto a intervenção penal é um instrumento adequado para afrontar esse tipo de violência e que possibilidades existem de empregar métodos alternativos de conflito em situações de violência de gênero intrafamiliar¹⁵?

Pesquisas realizadas entre 2000 e 2004, indicam que as mulheres sofrem mais discriminações no ambiente de trabalho, ganhando menos pela realização das mesmas tarefas profissionais ainda quando possuem um nível de escolaridade superior ao dos homens. Elas também apresentam maiores dificuldades para obtenção de emprego, sendo que em diversos países as taxas de desemprego são

11. Cf. Dossiê Mulher 2010. Instituto de Segurança Pública. Série Estudos 2 [<http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident-155>]. O estudo aponta diminuição da prática delitiva em 2009, em comparação com o ano base de 2002 (p. 35-36). Segundo dados do Dossiê relativo ao ano de 2011 foram registrados no Estado 4.242 casos de tentativa de homicídio, 4.279 de homicídio doloso, 84.709 de lesão corporal dolosa, 4.871 de estupro e 81.273 de ameaça. Deste universo 71% dos homicídios, 82,6% dos estupros, 66,8% das ameaças e 64,5% das lesões corporais foram praticados contra mulheres. Note-se que as mulheres afrodescendentes são mais vitimizadas que as mulheres brancas. Cf. [http://urutau.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/Dossiemulher2012.pdf].
12. [http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf]. Para uma análise sobre o progresso das mulheres no enfrentamento de tais práticas delitivas, Cf. Barsted, 2011, p. 347 e ss.
13. [www.amnesty.org/es/documents/pol10/4800/2017/es] (p.111).
14. Medeiros, 2015.
15. Recomenda-se a leitura de textos do prof. Adolfo Ceretti, especialista em justiça restaurativa e estudioso da violência em perspectiva criminológica (Ceretti, 2000; 2009).

sempre superiores às dos homens.¹⁶ Segundo pesquisa publicada em 2016 pela Organização Internacional do Trabalho, não houve mudanças significativas nos últimos anos. As mulheres continuam enfrentando muitos obstáculos para o acesso ao trabalho e a desigualdade entre os gêneros persiste no que diz respeito às oportunidades de trabalho, ao tratamento que lhes é dispensado no ambiente de trabalho e aos resultados. A OIT conclui que os progressos são lentos e limitados, desmentindo as projeções elaboradas na Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim (1995)¹⁷.

No Brasil, estudos indicam que apesar da melhoria da escolaridade feminina e do aumento na ocupação de cargos de comando, permanece a diferença salarial entre os gêneros, ressaltando-se que a maioria das mulheres trabalhadoras estão inseridas no mercado informal, privadas de direitos trabalhistas (Bruschini et al., 2011). Outros estudos indicam que a mulher é a vítima preferencial de assédio sexual no ambiente de trabalho (Bello, 2004). As mulheres que resistem às investidas sexuais no ambiente de trabalho, muitas vezes sofrem uma ulterior violência: passam a ser perseguidas, humilhadas e desqualificadas no ambiente de trabalho por seus superiores, caracterizando o denominado assédio moral no ambiente de trabalho (Bacellar, 2012).

No Brasil temos fatores que permitem melhorias no exercício dos direitos das mulheres. Há crescente presença feminina no mercado de trabalho, número significativo de mulheres chefes de família, expansão dos movimentos feministas e tomada de consciência de diversas mulheres acerca de suas condições de vida.¹⁸ Deve também ser mencionada a maior atenção por parte da comunidade internacional em relação aos índices de violência contra as mulheres que exerce pressão para melhorias.

Mesmo assim, constatamos as múltiplas formas de violência e discriminação das mulheres em nossos dias, apesar dos progressos sociais e das iniciativas legais e administrativas.¹⁹

16. Sobre a discriminação sistemática e universal da mulher no mercado de trabalho cfr. as análises e estatísticas em: Faludi, 2001, p. 12-22; Scisci e Vinci, 2002; Sanches e Gebrim, 2003, p. 99-103, Aquilini e Costa, 2003; Raposo, 2004, p. 55; Maruani, 2011. [http://www.unfpa.org/swp/2005/presskit/factsheets/facts_gender.htm#gender_labour].

17. International Labour Organization. Women at Work. Trends. 2016, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_457086.pdf].

18. Segundo o IBGE, em 2015 40,9% das mulheres brasileiras trabalhavam fora de casa. O percentual de mulheres chefes de família cresceu de 18,1% em 1991 para 24,9% em 2000, atingindo 40% em 2015 [<http://ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfil-damulher/default.shtm>].

19. Além das já citadas pesquisas, cf. o relatório da ONU de 2015 sobre a situação das mulheres [https://unstats.un.org/unsd/gender/downloads/WorldsWomen2015_chapter6_t.pdf]; e o relatório da Organização Internacional de Combate à Pobreza ActionAid

A razão principal é a cultura machista, que impera no continente latino-americano e impede o pleno exercício dos direitos das mulheres. Diante dessa resistência, a reforma legislativa não é instrumento capaz de propiciar importantes mudanças sociais (cf. Lição 4).

Nas nossas sociedades as Constituições garantem a plena igualdade entre homens e mulheres, mas apesar disso a realidade indica que persistem inúmeras formas de discriminação e opressão das mulheres (Raposo, 2004). A Constituição federal brasileira, além de estabelecer a igualdade entre os gêneros (art. 5.º, I), proíbe (art. 7.º, XXX) a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão entre trabalhadores por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Na prática, a situação é bem diferente. O censo demográfico de 2010 indicava que as mulheres brasileiras ganham 30% a menos que os homens. Ademais, as mulheres são fortemente sub-representadas em cargos de direção empresarial (menos de 10% no Brasil).²⁰

O Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – Pnud – desenvolveu um índice de Desigualdade de Gênero (IDG), encontrando-se o Brasil em 80 lugar entre 146 países. Resultados similares foram divulgados pelo *World Economic Forum*, que elabora um índice de desigualdade (*Global Gender Gap Index*). O índice de educação situa o Brasil em uma posição melhor, mas os indicadores relativos à participação econômica e as oportunidades de carreira são desanimadores²¹.

Há algumas décadas pesquisadoras oriundas dos movimentos de mulheres começaram a estudar a possível contribuição do sistema jurídico para a perpetuação dessas violações dos direitos da mulher. Surgiram, assim, estudos que realizavam tanto leituras internas, relativas à estrutura do direito positivo, como leituras externas, relativas à eficácia social e às relações entre o direito e a cultura machista/sexista.

Estamos aqui diante de um exagero das feministas? Não. Gustav Radbruch, um conhecido jurista alemão que foi perseguido pelo nazismo e cujos estudos se difundiram pelo mundo, já havia alertado para esse problema em um texto publicado em 1929:

“Nosso direito é masculino, condicionado em seu conteúdo por interesse masculino e modo de sentir masculino (especialmente no direito da família),

sobre assédio sexual [<http://www.actionaid.org.br/brasil-lidera-assedio-de-mulheres-em-espaco-publico>].

20. Ver a excelente pesquisa coordenada por Lígia Sica (2013).

21. Cf. os dados em [<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/10/no-ranking-sobre-desigualdade-de-genero-brasil-sobe-20-posicoes>]; *The Global Gender Gap Report 2016*, [http://www3.weforum.org/docs/GGGR16/WEF_Global_Gender_Gap_Report_2016.pdf].

mas masculino, sobretudo, em sua interpretação e sua aplicação, uma aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, diante das quais o indivíduo e seu sentimento não contam. Por isso quis-se excluir as mulheres, também para o futuro, da participação ativa na jurisdição". E o autor sugeria algo inusitado para o seu período, qual seja, a maior participação da mulher na esfera pública: "a colaboração da mulher na justiça abalará por completo a naturalidade do sentimento jurídico masculino, trazendo sua condicionalidade e sua possibilidade de revisão à tona, tendo como consequência que, em lugar do direito masculino ditatorial, tome posse um verdadeiro direito humano" (Radbruch, 1999, p. 146-147).

Podemos dizer que as *profecias* de Radbruch sobre a criação de um "verdadeiro direito humano" foram realizadas nas sociedades contemporâneas? Antes de responder apresentaremos uma série de elementos teóricos e empíricos sobre a posição das mulheres no direito.

2. Fundamentos da teoria feminista do direito

A formulação mais conhecida da tese que o direito "tem sexo" e que esse sexo é o masculino, foi feita pela jurista norte-americana Frances Olsen (1945 -) em um texto justamente denominado "O sexo do direito" (Olsen, 1990). Olsen observa que, na civilização ocidental, predomina um sistema dualista de pensamento: o racional se opõe ao irracional, o ativo ao passivo, o abstrato ao concreto. O primeiro desses termos é identificado ao masculino, o segundo ao feminino.

Nesse sistema dualista atribuímos valores femininos e masculinos às coisas e às pessoas e as tratamos diferentemente em função desse valor atribuído, sendo sempre superior o valor masculino. Os homens são racionais, ativos e com capacidade de abstração no pensamento, enquanto se atribuem às mulheres características "inferiores": irracionalidade, sentimentalismo, passividade. Essa é uma forma de organizar o pensamento e, conseqüentemente, as relações sociais entre indivíduos de sexos diferentes, garantindo a supremacia masculina.

O direito é considerado racional, ativo e abstrato. Como tais características são interpretadas como masculinas, o direito se identifica com o masculino e por isso é valorizado e reflete uma forma masculina de ver o mundo.

Há muitas normas e fatos que corroboram a tese de Olsen. Basta pensar na batalha travada pelas mulheres para conquistar o direito de voto (no Brasil isso só ocorreu em 1932).²² As estudiosas feministas lembram que o direito moderno

22. Os primeiros países a admitirem o direito de voto da mulher foram a Nova Zelândia e a Austrália em 1893. Na Europa, alguns países admitiram o direito de voto universal simultaneamente para homens e mulheres: Finlândia (1906), Luxemburgo (1919), Hungria (1919), Checoslováquia (1920), Dinamarca (1920), Suécia (1921), Iugoslávia

foi criado pelos homens. Se mesmo no século XX, em diversas partes do mundo, as mulheres não tinham direito ao voto, isso significa que também não podiam ser eleitas e elaborar leis. E sabemos que até hoje a representação das mulheres nos órgãos políticos continua bastante reduzida.

Essa realidade contrasta com a lógica do sistema jurídico moderno, de corte democrático. O direito se apresenta como instrumento neutro, apto a resolver conflitos sociais, prometendo tratar as pessoas de modo igual. Se chegarmos à conclusão de que o direito, seja em sua elaboração seja em sua aplicação, protege os interesses masculinos, como se referir na igualdade entre os sexos?

Os estudos feministas identificam dois tipos de problemas. Primeiro, a existência de normas que discriminam a mulher (direito “masculino”). Segundo, a aplicação das normas de forma discriminatória.²³

Podemos indicar dois exemplos de normas claramente discriminatórias. O art. 134 do Código Penal brasileiro pune quem expõe ou abandona recém-nascido, para ocultar desonra própria. A expressão “desonra própria” indica a concepção patriarcal do legislador nacional em relação à maternidade e, obviamente, é empregada de forma discriminatória, atingindo a mulher.²⁴ O segundo exemplo é o (revogado em 2005) art. 215 do mesmo Código (posse sexual mediante fraude) que criminalizava as relações sexuais com “mulher honesta” mediante fraude. O termo “honesto”, também empregado em outros delitos (arts. 216 e 219), classificava patriarcalmente as mulheres, mostrando que as “desonestas” não eram dignas da mesma tutela jurídica. Enquanto não há tal classificação para os homens, a mulher devia passar pela humilhação de um exame de “honestidade”, ocorrendo inversão de papéis. A vítima é julgada antes do réu, criando uma dupla vitimização.

O Código Penal de 1940 inseria os delitos sexuais no título “Dos crimes contra os costumes”, tutelando um bem jurídico de caráter coletivo e não individual (Sabadell, 1999, p. 83-85). Apenas com a reforma de 2009 (Lei 12.015) o legislador passou a conceber tais práticas delitivas como violação da liberdade e dignidade da vítima.

(1945). Os demais países admitiram primeiro o voto masculino e posteriormente o feminino: Espanha (1907), Noruega (1913), Áustria (1918), Polônia (1918), Alemanha (1919), Holanda (1919), Albânia (1945), Itália (1945), Romênia (1946), França (1946), Bélgica (1948), Grécia (1952), Suíça (1971), Portugal (1974). Cf. Helwig, 1997, p. 37; Miguel, 2000, p. 23.

23. Para uma análise sistemática da crítica feminista cf. Foljanty e Lembke, 2006. As autoras identificam uma ulterior categoria: a produção acadêmica no direito que reproduz a discriminação de gênero. Tal como outras discriminações de gênero, essa prática permanece invisível para a maioria dos membros da comunidade jurídica.

24. Agradeço a indicação da Profa. Paula Elias.

Um exemplo das discriminações na aplicação das normas penais se refere ao estupro, objeto da reforma de 2009. O legislador brasileiro considera estupro a relação sexual (“conjunção carnal e/ou ato libidinoso”) realizada com emprego de violência ou grave ameaça, sem distinção do sexo da vítima, aderindo à tendência mundial de reformas de tais delitos, iniciada nos anos de 1990.²⁵

Antes da reforma, o crime de estupro somente se referia à conjunção carnal e seu autor só poderia ser o homem. Nesse contexto, parte da jurisprudência e da doutrina considerava que o marido que usa violência ou ameaça para obrigar sua esposa a ter relações sexuais não cometia tal delito, pois o matrimônio importava essa obrigação.²⁶ Essa opinião, que não tem respaldo na legislação, encontra-se em autores antigos (Gusmão, 1921, p. 196) e de forma mais matizada, em autores contemporâneos (Noronha, 1998, p. 72; Costa Júnior, 2008, p. 608). Além disso, não são raros os julgados que usam a favor do agressor argumentos sexistas (a moça usava minissaia; não poderia ter sido estuprada pois usava calça jeans justa; era prostituta, alcoolizada etc.). É uma argumentação típica da inversão de papéis entre agressor e vítima.²⁷

Em perspectiva feminista, a tese “o direito é masculino” pode ser interpretada de diversas formas. Uma posição *moderada* considera que o caráter masculino do direito é um resquício histórico que pode ser superado graças à pressão exercida pelos movimentos de mulheres. Portanto, este tipo de discriminação estaria com os dias contados, sendo necessário perseverar nas reformas legais até a completa eliminação das discriminações, inclusive com recurso a ações afirmativas que analisaremos em seguida.

A posição *radical* considera que as dicotomias do pensamento dualista (racional/irracional etc.) são ideológicas, sendo necessário demonstrar, analisando casos concretos, que o direito não é racional, não segue na prática princípios gerais (igualdade, liberdade) e não possui coerência. Aqui se adota uma estratégia de crítica e de desconstrução para mostrar o caráter ideológico do “direito masculino”. Objetivo político é a abolição do sistema social de dominação masculina e não a simples mudança jurídica, considerando que a causa da opressão feminina situa-se na própria sociedade.

Independentemente da corrente adotada, a tese “o direito é masculino” possui conotação revolucionária. O direito apresenta-se como democrático, humano, igual para todos e, para legitimar-se, procura manter correspondência com os valores morais dominantes. A análise feminista mostrou que os princípios constitucionais que

25. Sabadell, 1999.

26. Figueira, 1998.

27. Estudo da jurisprudência brasileira em Pimentel *et al.*, 1998; Eluf, 1999. Análises em Andrade, 2003, p. 81-108; Sabadell, 1999.

legitimam o discurso jurídico carecem de eficácia social, pois em todos os níveis da atividade jurídica (legislação, doutrina, aplicação) há elementos que (re)produzem a discriminação da mulher, contrariando as promessas de liberdade e igualdade.

3. Direito masculino e patriarcalismo jurídico

Os termos machismo e sexismo podem criar a falsa impressão de que a relação entre homens e mulheres depende apenas da vontade das pessoas, havendo homens bons e outros ruins (violentos, arrogantes, possessivos etc.). A teoria feminista indica que essa ideia é falsa. O problema não é a postura individual, mas a cultura que influencia a sociedade. Trata-se do *patriarcado* que consiste em uma forma de relacionamento, de comunicação entre os gêneros, caracterizada pela dominação do gênero feminino pelo masculino.

O patriarcado indica o predomínio de valores masculinos, fundamentados em relações de poder. *O poder se exerce por meio de complexos mecanismos de controle social que oprimem e marginalizam as mulheres.* A dominação do gênero feminino pelo masculino costuma ser marcada (e garantida) pela violência física e/ou psíquica. As mulheres (e as crianças) encontram-se na posição mais fraca sem meios de reação efetiva.

As condições e a intensidade desta relação de dominação entre os gêneros variam de região para região, devido à diversidade de fatores que condicionam as relações sociais. Porém, em todos os casos, identifica-se o processo de dominação masculina como fenômeno mundial²⁸ que atinge todas as pessoas que, por diversas razões, assumem papéis femininos no âmbito das relações sociais.²⁹

O estudo da cultura patriarcal torna-se relevante para o direito na medida em que as violações dos direitos das mulheres mantêm uma relação direta com elementos dessa cultura.

3.1. Patriarcalismo Jurídico

Se o patriarcado moderno indica o predomínio de valores masculinos, fundamentados em relações de poder, o direito serve para garantir a submissão das mulheres, entendida em sentido amplo, independentemente da orientação sexual.³⁰

28. No debate feminista relativo ao direito internacional se afirma a necessidade de respeitar as “different voices”, abandonando a visão universalista. Cf. Charlesworth *et al.* 1991, p. 615 e ss.

29. Willford e Miller, 1998.

30. Koppelman, 2002. O debate nacional se limita à questão dos direitos civis e poucos trabalhos estudam a violência patriarcal em grupos LGBT. Ver, Santos, 2009, p. 265-276.

O direito funciona como elemento integrante (e, ao mesmo tempo, legitimador) das relações de gênero de cunho patriarcal.

Nesse contexto, desenvolvemos o conceito de *patriarcalismo jurídico*. O termo indica a vinculação (e integração) do direito moderno com o sistema patriarcal de relações sociais, que implica na produção e reprodução das relações de dominação do gênero feminino pelo masculino.³¹

A dominação masculina se manifesta por meio da discriminação e da opressão da mulher.³² Essa dominação constitui violação de direitos fundamentais. Identificamos a presença do patriarcalismo jurídico no âmbito da produção de normas, de textos doutrinários e também na prática jurídica.

Esse conceito permite explicar uma situação aparentemente contraditória, que é objeto de críticas feministas. Em diversos países foram abolidas ou parcialmente reformadas determinadas normas sexistas e novas normas de tutela específica dos interesses das mulheres foram criadas. Com tais mudanças, objetiva-se desenvolver mecanismos específicos para combater algumas formas de discriminação feminina, por exemplo, a proibição da discriminação salarial, do assédio sexual e da violência doméstica.

Tais reformas não conseguem, contudo, impedir que as práticas discriminatórias se reproduzam.³³ No âmbito da doutrina, encontramos em diversas obras, em especial manuais amplamente consultados, a defesa de teses de caráter sexista. Um conhecido penalista, ao tratar do crime de estupro, discute o argumento da impossibilidade de um homem manter conjunção carnal com mulher adulta, quando esta não consente. Segundo o autor, a movimentação dos flancos por parte da vítima impediria a consumação do ato sexual forçado.³⁴ Dessa forma, nega-se a violência sexual da qual a mulher é a vítima.

31. Sabadell, 1998; 2010.

32. Em 1967, desejando incorporar a mulher ao discurso acerca do desenvolvimento humano, a ONU elaborou a *Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher* (res. A.G. 2263, XXII). A este documento se segue, no ano de 1979, a *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Segundo seu art. 1º, “discriminação contra as mulheres” significa “toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais no campo político, econômico, social, cultural e civil em qualquer outro campo”. Para uma análise histórica da questão, cfr. Sabadell, 1998.

33. Por tal motivo, discute-se a introdução do paradigma de gênero no direito. Cf., entre outros, Lois, 2016.

34. Costa Júnior, 2008, p. 608. Afirma o autor: “Discute-se sobre a mulher adulta e normal pode ser fisicamente violentada a manter com um homem, também adulto e normal,

Também encontramos julgados nos quais a mulher é discriminada, conforme veremos a seguir.³⁵ A análise do sistema jurídico a partir dessas três dimensões (doutrina, prática jurídica e produção de normas) indica que o direito é patriarcal. Quando a mulher não é discriminada pela norma, será discriminada pela prática e/ou pela doutrina. Essa é a “cilada” do patriarcalismo jurídico na atualidade.³⁶ E o patriarcalismo jurídico confirma a tese das correntes radicais da teoria feminista do direito, segundo a qual a opressão feminina só terá um fim se houver mudança de valores socioculturais, uma verdadeira revolução cultural com a erradicação do sistema de dominação masculina.

4. Tópicos de sociologia jurídica na perspectiva feminista

4.1. Sexo/gênero

Um ponto central da análise feminista refere-se ao termo “sexo”. Quando usamos esse termo, pensamos nas diferenças físicas entre homens e mulheres. Mas será que as diferenças entre homens e mulheres se restringem a aspectos biológicos? Será que essas diferenças não são também o resultado da forma de socialização (e de controle social) e não mudam em função do período histórico? Segundo uma famosa frase da escritora francesa Simone de Beauvoir, não se nasce mulher, torna-se mulher. As identidades de sexo são construídas socialmente e podem ser modificadas.

Por essa razão, muitas feministas utilizam o termo *gênero* (em inglês: *gender*) ao invés do termo *sexo* (em inglês: *sex*) para indicar as diferenças entre os sexos que vão além das biológicas. Isto permite falar de homens e mulheres fora do determinismo biológico. Grande parte das diferenças entre os sexos não são devidas a diferenças biológicas, mas decorrem de uma construção social da realidade. Aqui abandona-se o discurso naturalista que apresenta as diferenças entre homens e mulheres como eternas e necessárias.

Quando, por exemplo, alguém se refere às mulheres como sexo frágil, podemos perguntar se se trata de fragilidade biológica ou do resultado de uma construção social passível de mudança. Ora, quem constata que a fragilidade foi imposta às mulheres, basta lutar para que isso mude.

a cópula carnal. Sustenta-se que a simples movimentação dos flancos impediria a introdução do pênis, o que é subscrito por Cervantes...”

35. Análise de jurisprudência patriarcalista da Europa e dos EUA em Larrauri, 2009.

36. Sobre a perspectiva feminista e as contradições da doutrina em razão do patriarcalismo, cf. Foljanty e Lembke (2006) e a Revista de Sociologia Criminal *Studi sulla questione criminale* (2008, n. 2).

4.2. Público/privado

Outro tema central dos estudos sobre a posição das mulheres no direito e na sociedade refere-se à divisão entre a esfera pública e privada (Landes, 1998). A divisão entre espaço público e privado foi construída com base em uma distinção hierárquica dos gêneros. O espaço de atuação da mulher sempre foi prioritariamente o privado. Basta recordar que o movimento feminino da segunda metade do século XIX na Europa reivindicava a igualdade jurídica, econômica e política, exigindo que a mulher “saísse de casa” e se liberasse da tutela do homem (pai, irmão, marido). Naquele momento, o direito exercia uma espécie de tutela que colocava as mulheres em posição subalterna. As mulheres eram excluídas da vida política e do exercício de uma série de profissões (sobretudo as de caráter liberal); possuíam acesso limitado à instrução; sofriam restrições ao direito de administrar seu patrimônio e, no âmbito do casamento, eram tidas como uma espécie de acessório do homem. Tudo isso confinava a mulher ao espaço privado (Sabadell, 2012).

Somente no final do século XIX e início do século XX foram feitas reformas permitindo uma *limitada inclusão* na esfera pública, sem, contudo, contestar o poder masculino em ambos os espaços.

A divisão entre as esferas pública e privada cria dois problemas. Primeiro, a exclusão da mulher da esfera pública, apesar dos grandes progressos nas últimas décadas com a sempre maior inclusão da mulher no mundo das atividades públicas, econômicas e políticas.

Segundo, o espaço privado é apresentado como lugar em que o homem exerce sua liberdade, sem que o Estado possa violar sua “privacidade”. Mas é justamente na esfera privada que as mulheres e as crianças são sistematicamente submetidas a discriminações e violências que permanecem invisíveis para a comunidade (Soares, 1999; Sabadell, 2005).

4.3. Violência contra a mulher

4.3.1. Abordagem teórica

A violência praticada contra a mulher é uma das preocupações centrais da leitura feminista do direito. O tema se relaciona com o direito à segurança que deve garantir a qualidade de vida das mulheres (Sabadell, 2003 e 2005; Sabadell e Dimoulis, 2012).

No âmbito das relações privadas, a violência contra a mulher é um aspecto central da cultura patriarcal. A violência doméstica é uma forma de violência física e/ou psíquica, exercida pelos homens contra as mulheres no âmbito das relações de intimidade, manifestando um poder de posse patriarcal. Podemos pensar na violência doméstica como uma espécie de castigo que objetiva condicionar o

comportamento das mulheres e demonstrar que não possuem o domínio de suas próprias vidas.

Na esfera privada, nunca existiram garantias jurídicas em relação à integridade física e psíquica da mulher e ao livre exercício da sua sexualidade. A mulher é tratada como “rainha do lar” quando segue as pautas de comportamento da sociedade patriarcal. Quando não obedece, entram em ação os mecanismos de “correção”: insultos, espancamento, estupro, homicídio.

A história da violência contra a mulher no ambiente familiar começa na infância. A menina aprende que se trata de um ato de correção e se acostuma a aceitar a violência como inerente às relações familiares. É muito difícil identificar como violência aquilo que, do ponto de vista social, não é reconhecível como tal. A violência entre cônjuges constitui uma das fases da violência familiar que está relacionada com os valores patriarcais. Sobre o corpo da mulher se canaliza grande parte da violência produzida numa sociedade marcada pela cultura patriarcal com competitividade e agressividade.

Até hoje persiste a tendência de não reconhecer a gravidade da violência no âmbito familiar. Como consequência, a vítima acaba tendo dificuldades em identificar e denunciar essa agressão. Isso tem um aspecto jurídico. A intimidade e a livre configuração da vida privada constituem direitos fundamentais garantidos pelo art. 5.º, inciso X, da Constituição Federal, devendo o Estado se abster de intervir na esfera privada. Mas o mesmo art. 5.º garante em seu *caput* o direito à vida, à liberdade e à segurança e o Código Penal tipifica como crimes as agressões contra a integridade física e moral. Como resolver esse conflito normativo?

Apesar das tentativas de solução e da criação de normas e instituições específicas para combater a violência doméstica, a vida familiar permanece fora do alcance efetivo das normas jurídicas.³⁷ O resultado é que o direito demonstra seu caráter masculino, protegendo a privacidade dos homens em detrimento das mulheres. Os argumentos da preservação da privacidade e da tutela da liberdade (masculina) constituem o maior obstáculo para o enfrentamento da violência doméstica, já que permitem apresentá-la como assunto que só interessa aos diretamente envolvidos.

4.3.2. Tutela penal das mulheres

Na atualidade identifica-se uma tendência em elaborar normas que visam proteger as mulheres contra a violência masculina. Isso decorre, sobretudo, da expansão dos movimentos feministas e da influência de órgãos regionais e internacionais de direitos humanos, como a OEA e a ONU.

37. Um interessante modelo alternativo de atendimento às vítimas de violência doméstica foi desenvolvido na Vara de Violência doméstica da cidade do Rio de Janeiro. Trata-se do “Projeto Violeta”, que propicia à vítima um atendimento ágil e adequado a cada caso. Cf. Passos, 2017.

Em geral, essas iniciativas situam-se na esfera penal. Podemos citar, como exemplo, a discussão sobre a criminalização de duas figuras delitivas.

A primeira foi denominada em língua inglesa de *Stalking*. Trata-se de uma forma específica de discriminação das mulheres. Refere-se a comportamentos indesejados que prejudicam a qualidade de vida das mulheres: ameaças, perseguições, telefonemas obscenos ou indesejados; tentativas de contato (inclusive por internet – *cyberstalking*) realizadas de modo persistente em relação à pessoa com a qual o autor já manteve relações afetivas ou de convivência. Em decorrência de tal violência, a mulher padece de problemas psíquicos, tais como angústia, depressão, stress, anorexia e outras doenças relacionadas com a situação emocional vivenciada pela vítima (Resta, 2008).

O segundo exemplo refere-se ao *femicide*. Na América Latina, difundiu-se a discussão sobre essa conduta, empregando os termos *feminicídio*, *femicídio* e *homicídio contra a mulher*. Trata-se de assassinato praticado contra a mulher em razão da sua própria condição de mulher. Em alguns países a conduta também engloba as formas de violência física perpetrada contra a mulher, porém, tem predominado, nas discussões teóricas, o uso do termo para referir-se a assassinatos de mulheres. É a expressão mais extrema da violência patriarcal porque implica na morte da vítima. O tratamento específico dessa conduta surge na América Latina no México (onde os Estados possuem próprios códigos penais), provavelmente como reação aos altos índices de assassinatos de mulheres em Chihuahua. Em 2003, o estado de Chihuahua introduziu essa conduta no Código penal, como forma qualificada de homicídio. Em 2011, criminaliza-se essa conduta também no Distrito Federal. Na Costa Rica, por meio da Lei 8.589 de 2007 cria-se o delito autônomo de feminicídio (art.21) em caso de assassinato de mulher praticado pelo marido ou pelo companheiro em situação de união estável, ainda que não reconhecida por lei. Esta lei também tipificou outras formas de agressões praticadas contra as mulheres no âmbito das relações matrimoniais ou de união estável. Em 2008, a Guatemala, por meio do Decreto 22-08, tipifica o feminicídio, incluindo outras formas de agressão. Em 2009, no Peru este é incorporado o feminicídio por meio da Lei 29.819 (art. 107) que trata do parricídio e do feminicídio como assassinato praticado por cônjuge ou “convivente” ou outra pessoa que mantém relação de afetividade, ainda que não se conviva maritalmente. Em 2010, o Chile também introduz (lei 20.480) o feminicídio na descrição do crime de parricídio como qualificadora. Na Argentina, a conduta foi incorporada ao Código Penal em 2012 (Lei 26.971). O inciso 11 do art. 80 prevê uma forma qualificada de assassinato de mulheres (feminicídio) com uma redação que merece ser destacada: “*se aplica reclusão ou prisão perpétua(...) a quem matar(...)11. uma mulher, quando o fato seja perpetrado por um homem e expressar violência de gênero*”.³⁸

38. Pelaez Montejos, 2011; Fajardo, 2012; Kasparian, 2012; Mello, 2017.

No Brasil, um dos mais importantes estudos sobre feminicídio foi elaborado pela juíza Adriana Ramos de Mello, que há anos atua no juizado de violência doméstica no Rio de Janeiro³⁹. Analisando a criação da *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher*, criada em 2011, a autora considera seu papel relevante, pois impulsionou o Legislativo a tomar medidas para enfrentar o aumento de assassinatos de mulheres por razões de gênero (Mello, 2017, p. 128).

O feminicídio foi criminalizado no Brasil, em 2015, por meio da Lei 13.104, como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Este ocorre quando o crime é praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino” (art. 121, inc. VI). Estas razões se materializam quando o crime envolve violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º-A, I) ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, I e II).

Essas formas delitivas permitem refletir sobre a eficácia e adequação da tutela penal dos direitos das mulheres.

Em primeiro lugar, temos a escassa eficácia secundária das normas que combatem a violência contra as mulheres e também do fato que eventual punição do agressor quase nunca resolve o problema de forma satisfatória para a mulher (problemas de adequação interna das normas) (Lição 3, 2).

Em segundo lugar, constata-se a invisibilidade dessas formas de agressão que não foram “inventadas” apenas nos últimos anos. O assassinato de Claudia Lessin Rodrigues, em 1977, no Rio de Janeiro foi precedido por estupro coletivo, apresentado como relação consensual. O caso não teve visibilidade nem justo julgamento⁴⁰. O mesmo se pode dizer do assassinato, vulgarmente denominado “passional”, de muitas mulheres por homens.

Por fim, constatamos a natureza sexista de normas penais e da própria dogmática. A descrição das condutas é feita nesta classe delitos a partir da ótica do agressor e não de quem sucumbe a violência. Mesmo em perspectiva minimalista, não é possível abdicar do tratamento penal dos crimes contra a vida e contra a liberdade sexual, pois estes configuram o núcleo duro do direito penal. Só que as normas vigentes se mostram insuficientes para conter a violência contra as mulheres. A lei penal ao descrever a conduta de “matar alguém” não permite visualizar a conduta de quem mata a esposa por motivos sexistas. Matar um estranho em um bar não é o mesmo que matar a ex-esposa que não aceita a reconciliação, sendo o machismo elemento configurador da conduta. É a internalização do machismo, sempre associado ao exercício de poder, que faz esses homens considerarem que

39. Cf. sua obra que une a perspectiva sociológica à jurídica e oferece um panorama da violência contra a mulher na América Latina (Mello, 2017).

40. [<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-caso-claudia-lessin>].

as mulheres lhes devem submissão porque, de alguma forma, lhes pertencem. Encontramos o que Pierre Bourdieu (2002) denominou de dominação masculina.

Retomando as reflexões de Olsen sobre o caráter masculino do direito, é fácil compreender porque essas condutas recebiam na prática imunidade penal ou eram regidas por normas que impediam dar visibilidade aos fatos. A justiça penal não foi feita para tutelar interesses femininos. E a teoria geral do delito não incluiu conceitos que permitem tratar a violência contra a mulher em suas especificidades.

O estupro, inclusive sua divulgação nas redes sociais, é um claro exemplo do exercício de poder machista sobre os corpos das mulheres de maneira que o direito penal não capta. A vítima é dominada pelos seus algozes que não buscam satisfazer sua lascívia (como afirmam diversos penalistas), mas querem demonstrar o poder infinito que um homem pode exercer. Se existe um “prazer”, este se situa na necessidade de demonstrar o poder, sendo que o estupro coletivo mostra o domínio não de um homem singular, mas do gênero masculino. E para que o poder patriarcal permaneça no tempo, os agressores filmam e divulgam suas práticas nas redes sociais⁴¹.

A melhor forma para combater a violência contra a mulher é ensinar a todos, sobretudo aos que estão em formação, que homens e mulheres merecem igual respeito e consideração. Só a mudança de mentalidade, isto é, o distanciamento da cultura patriarcal, permitirá erradicar a violência contra as mulheres. Temos aqui um tema que vincula o problema de eficácia das normas com a mudança social e merece a atenção da sociologia do direito (cf. Sabadell, 2008).

4.3.3. *A leitura da violência de gênero na prática judicial brasileira*

Nesse capítulo faremos a leitura de decisões judiciais brasileiras na ótica da teoria feminista. Se (re)produz a discriminação de gênero no discurso jurídico.

A mulher que é vítima de violência e se endereça ao sistema de justiça penal muitas vezes sofre discriminações por parte dos operadores do direito. Isto se evidencia nos processos por crimes de natureza sexual. É comum encontrar sentenças em que o foco de discussão não é a violência sexual sofrida pela vítima, mas o seu comportamento, a sua moral. Nestes casos, a mulher é submetida a uma segunda vitimização. A primeira é a agressão praticada pelo ofensor e a segunda decorre da forma como a vítima é tratada pelo sistema de justiça (Sabadell, 1999; Ceretti e Moretti, 2002).

41. Em estudo inédito sobre estupro, demonstra-se que a perspectiva da vítima da violência sexual não é levada em consideração pelo legislador. Este elabora a definição legal a partir da ótica da cultura patriarcal. Por tal motivo, a situação vivenciada pela vítima nunca é incorporada pelo direito. Cf. Paiva e Sabadell, 2017.

Analisaremos casos de agressão sexual praticada contra meninas. Até 2009, a legislação brasileira considerava estupro a relação sexual com menor de 14 anos, pois segundo o art. 224 do Código Penal a violência era presumida em razão da idade da vítima.

Grande parte da doutrina e da jurisprudência argumenta que muitos menores de 14 anos mantêm vida sexual ativa e têm consciência do significado social dos atos sexuais. Por tal motivo, afirmava-se que a presunção de violência deveria ser relativizada, dependendo do comportamento de cada vítima.

A reforma de 2009 dos delitos sexuais pôs um fim a essa discussão, criando o tipo próprio de “estupro de vulnerável” (art. 217-A), proibindo relações sexuais com menor de 14 anos sob pena de reclusão, de 8 a 15 anos.

Nos casos analisados foi defendida a absolvição de homens que mantiveram relação sexual com meninas, equiparando-as a mulheres experientes e, às vezes, a prostitutas, minimizando a violência sofrida pela vítima e chegando a tratar o estupro como “contravenção”.

Caso 1. Em 1996, o Supremo Tribunal Federal seguiu, por maioria, o voto do relator Ministro Marco Aurélio e considerou que o homem que manteve relações sexuais com menina de 12 anos não praticou estupro porque havia consentimento da menina, que já tinha vida sexual ativa e aparentava idade maior de 14 anos. Isso permitiu ao STF afastar a presunção de violência prevista no então vigente art. 224 do Código Penal.⁴²

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, acatadas pela maioria dos Ministros do STF:

“Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir.”

Caso 2. Um homem de 66 anos é visto mantendo relações sexuais com uma menina de 10 anos, à qual ofereceu 12 reais, em troca de sexo. O agressor é condenado no Amapá em primeira instância e apela para o Tribunal de Justiça, que em 1998 decide pela manutenção da condenação. Dos quatro desembargadores que julgaram o caso, um se posicionou de maneira favorável à absolvição do acusado, com as palavras que aqui reproduzimos:

“O Excelentíssimo Senhor Desembargador Dôglas Evangelista (Vogal) – Divirjo dos votos precedentes. Talvez o acusado pudesse ser processado por corrupção de menores. Essa mocinha já não era mais virgem, e tinha relações sexuais normais com

42. *Habeas Corpus* 73.662, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento 21 de maio de 1996, Diário de Justiça, 20-9-1996.

o cidadão. Agora, ele vai pegar 6 anos de cadeia porque outro a desvirginou. Isso é muito injusto, porque não vejo nenhuma configuração de crime de estupro: ela já era uma mulher experiente. Porque, quando o Ministro Marco Aurélio diz que a menina de 12 anos já é uma moça, isso é lá em Minas Gerais. Aqui na Região Norte a idade diminui cada vez mais. Se ela tinha 10 anos e já praticava ato sexual, não vejo como punir o cidadão por estupro só porque manteve relações sexuais incompletas com ela. Por isso, voto dando provimento ao Apelo”.⁴³

Caso 3. Uma menina de 9 anos, em razão das dificuldades financeiras da família, foi entregue aos cuidados de uma tia. A menina foi estuprada sistematicamente, e de forma violenta, pelo tio, seu tutor, que a ameaçava para manter seu silêncio. Aos 11 anos, a vítima engravida. Em 2006, o STF manteve a condenação, mas houve uma minoria de ministros que seguiu o voto do Ministro Marco Aurélio, considerando que o ofensor deveria ser absolvido, pois após a gravidez passou a viver em união estável com a menina.⁴⁴ Essa opinião ignorou que a vítima era uma criança seviciada pelo agressor e deixou de aplicar o direito vigente (incapacidade de uma criança de 11 anos de consentir ao matrimônio e, por analogia, à união estável). O Ministro afirma:

“Quanto ao confronto de valores, cumpre deliberar se o mais importante para o Estado é a preservação da família ou o remédio para a ‘ferida social’ – causada pelo insensato intercuro sexual – dada a idade da jovem (...). De minha parte, parto da premissa básica – ao Estado cumpre proteger o mais frágil nessa história: o filho que resultou dessa relação. Alfim, será a criança que arcará com as consequências de uma punição pífia, de objetivos no mínimo dúbios: a título de dar satisfação à sociedade, a título de exemplo, acaba-se de solapar a autoestima de uma criança, sobre cujos ombros recairá todo o peso da carga de preconceitos também enfrentada pelo pai ‘estuprador’ e pela mãe que, após a condenação, transmutar-se-á na companheira de um presidiário, transformado de trabalhador a mero pária, merecedor de todo o opróbio. A quem interessa tanto contrassenso?”

Caso 4. Decisões patriarcalistas são produzidas também por mulheres. Isso é facilmente explicável se consideramos que ambos os gêneros estão sob a influência da cultura patriarcal e que o principal modelo de exercício de poder é o masculino.

Em 2012, a Ministra do STJ Maria Thereza de Assis Moura, defendeu a absolvição de um réu, acusado de estuprar reiteradamente, três meninas de 12 anos,

43. Apelação Criminal n. 918/98, Tribunal de Justiça do Amapá, relator Des. Carmo Antônio, acórdão 2670.

44. Recurso Extraordinário 418.376, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento 9-2-2006, Diário de Justiça, 23-3-2007.

que se prostituíam.⁴⁵ Nas duas primeiras instâncias, o acusado foi absolvido. O Ministério Público recorreu ao STJ e a Quinta Turma deu provimento ao recurso, em acórdão de relatoria do ministro Jorge Mussi, reconhecendo a natureza absoluta da já mencionada presunção de violência.

Após recurso da defesa, a relatora ministra Maria Thereza votou pela absolvição do acusado, o que ocorreu, com votos contrários de dois Ministros.

A Ministra retoma a discussão acerca da conveniência de o legislador proibir relações sexuais com menores de 14 anos: “em primeiro grau, o juiz o absolveu porque as jovens tinham vida desregrada e consentiram no ato sexual”. Cita em seguida o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Toda a prova coligida indica que as menores já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data. Ora, sendo assim, não foram, pois, iludidas em sua ingenuidade, subjugadas em sua liberdade sexual. Ao contrário, como bem destacou a r. sentença, ‘no presente caso, a prova trazida aos autos demonstra, fartamente que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo”.

A Ministra menciona outro caso de absolvição de um réu, de 32 anos, da acusação de estupro de menor de 14 anos:

“O que me parece importante é que o paciente, mesmo casado, insistiu em entreter namoro com a menor, a ponto de pedir ao pai desta autorização para namorá-la. E, negada a autorização, não resistiu em levá-la a um motel, onde o casal se entregou às práticas sexuais. A conduta do paciente se subsumiu ao tipo descrito no artigo 213, combinado com o artigo 224, alínea “a”, ambos do Código Penal? Por esse fato, merece o paciente a pena que lhe foi imposta, 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado? É essa pena objetivamente justa? O comportamento do paciente merece, sem dúvida, críticas. Com 32 anos de idade e chefe de família, não deveria assediar a menor. Há referências a ter sido preso anteriormente e não dedicar-se ao trabalho. (...) Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem”.

Essa decisão do STJ foi duramente criticada em âmbito político⁴⁶ e jurídico,⁴⁷ tendo sido posteriormente revista por razões processuais.⁴⁸

45. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em Resp. n. 1.021.634-SP (2011/0099313-2). Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

46. Cf. nota de protesto da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e referência a protestos internacionais em: [<http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/maria-do-rosario-na-pratica-impunidade-para-um-dos-mais-graves-crimes.html>].

47. Cf. as críticas em Campos, 2013.

48. Certidão de julgamento da terceira seção (2011/0099313-2), datada de 8-8-2012.

Caso 5. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁴⁹ julgou a agressão contra menina de 11 anos que foi solicitada pelo sócio de seu pai para ajudar a descarregar um material em sítio, contando com a aquiescência da família, posto que existia relação de confiança.

O denunciado mostrou seu órgão sexual à vítima, fez propostas sexuais, a acariciou em partes íntimas e pediu seu silêncio (“*um segredo só dos dois*”). Os familiares descobriram o ocorrido e o acusado foi processado por estupro de vulnerável.

O juiz de primeira instância desclassificou o crime para a contravenção penal da moléstia ou perturbação de tranquilidade do art. 65 da Lei de contravenções penais. O Tribunal não questionou a veracidade das declarações da vítima, corroboradas por vários agentes, mas confirmou a decisão.

“Não se olvida a reprovabilidade dos atos praticados pelo acusado. Todavia, d.m.v., tal conduta não pode se enquadrar no grave crime de estupro, ante a desproporcionalidade dos atos e a pena prevista para este tipo penal. Além disso, é bom que se diga que a conduta não ocasionou maiores consequências psicológicas à vítima, uma vez que a Psicóloga Ana Carolina Silva de Oliveira Sá foi taxativa em afirmar, em juízo, que a menor se mostrou uma garota normal, sem problemas de aprendizagem e com desenvolvimento compatível com sua faixa etária, tendo respondido de forma satisfatória ao tratamento”.

Para fundamentar seu voto, que foi aceito por unanimidade, o relator cita o destacado penalista, desembargador do Tribunal de São Paulo e Professor titular de direito penal da PUC-SP, Guilherme Nucci, que analisa o revogado artigo 214 (atentado violento ao pudor) da seguinte maneira:

“(...) em se tratando de crime hediondo, sujeito a uma pena mínima de seis anos, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (ver a nota 18 do art. 33), não se pode dar uma interpretação muito aberta ao tipo do art. 214. Portanto, atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima, devem ser considerados uma contravenção penal e não um crime. A este é preciso reservar o ato realmente lascivo, que sirva para satisfazer a ânsia sexual do autor, que se vale da violência ou da grave ameaça.”⁵⁰

Fazendo uma análise de gênero, identificamos nos cinco casos a reprodução da violência patriarcal no sistema de justiça:

49. Os trechos que reproduzimos a seguir encontram-se em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_APR_10674140002520001_b085f.pdf?Signature=q0UP0VEEZNI0AzHonFvkdEH2BSk%3D&Expires=1494107998&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=0278e4762e246b1b16907fbc632e6571].

50. O autor apresentou este tipo de argumentação antes da reforma de 2009 e continuou empregando-a em obras mais recentes (Nucci, 2009, p. 23; 2017, p. 58 e ss.). Posicionamento similar em Pierangelli e Souza, 2010, p. 22-23.

a) *Descaracterização da infância*. Os relatos sobre a vítima lhe negam o *status* de criança (empregam-se expressões como mocinha, jovem, mulher). Afirma-se também que a vítima possui consciência do significado social do ato sexual (moça, mulher experiente). A menina “não virgem” é considerada mulher. O Desembargador Dôglas Evangelista afirmou: “quando o Ministro Marco Aurélio diz que a menina de 12 anos já é uma moça, isso é lá em Minas Gerais. Aqui na Região Norte a idade diminui cada vez mais”. No voto da Ministra Maria Thereza também é negado o *status* de criança das vítimas: “concluindo que os crimes não se aperfeiçoaram porque as jovens tinham vida desregrada e consentiram no ato sexual”. A consciência do ato sexual também é afirmada com o mesmo objetivo: “uma pessoa de quatorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem”. Atribui-se às meninas maturidade similar a de uma mulher adulta e ignora-se a realidade de centenas de crianças e adolescentes brasileiras, por conta das precárias condições sociais, são submetidas à violência sexual ainda na tenra infância.

Os julgados questionam também a “honestidade” das vítimas. No caso do Amapá, o Desembargador afirma: “Agora, ele vai pegar 6 anos de cadeia porque outro a desvirginou (...). Se ela tinha 10 anos e já praticava ato sexual, não vejo como punir o cidadão por estupro”. E no caso do STJ, a situação de prostituição leva a Ministra a proferir voto em favor do acusado, afirmando que as vítimas “levavam vida desregrada”.

Não importa se a legislação considera crime de particular gravidade, tanto antes como após a reforma de 2009, manter relação sexual com menores de 14 anos. Se de alguma forma a vítima concorda com tal prática, deve ser tratada como mulher, provavelmente, “desonesta”.

No caso da menina que engravida do tio, somente o filho, fruto da agressão sexual, é considerado criança:

“De minha parte, parto da premissa básica – ao Estado cumpre proteger o mais frágil nessa história: o filho que resultou dessa relação. Alfim, será a criança que arcará com as consequências de uma punição pífia, de objetivos no mínimo dúbios...” (Min. Marco Aurélio).

b) *Descaracterização do estupro*. Argumentos patriarcais são empregados para descaracterizar o crime de estupro.⁵¹ Um primeiro argumento é negar a violência sexual, afirmando ter existido consenso. O segundo consiste em alegar que o estupro foi uma ação insensata (...), mas sem desvalor jurídico, conforme sustenta o Tribunal de Justiça de Minas Gerais no quinto caso relatado, que é desclassificado para o artigo 65 da lei de contravenção penal.

51. Para uma análise cfr. Sabadell, 1998, 1999.

c) *Inversão da condição de vítima*. Ao afirmar que se trata de menor com vida sexual ativa, busca-se não só a descaracterização do estupro, mas também a negação da condição de vítima. Vítima e réu trocam de posição em verdadeira inversão processual.

d) *Continuidade do discurso patriarcal e violação da legalidade penal (garantismo patriarcal)*. O *garantismo patriarcal* objetiva limitar a intervenção penal quando se discutem medidas de proteção de direitos das mulheres. Os julgados reproduzem argumentos discriminatórios de anteriores decisões e da doutrina para dar embasamento a votos que contrariam a previsão legal, por exemplo, afastando a presunção absoluta da violência ou desclassificando o estupro para "moléstia".

Para a doutrina e a jurisprudência importa definir quais são as condutas sexuais que merecem ou não tutela da lei penal. Trata-se de um discurso casuístico que se afasta do tratamento dos crimes sexuais estabelecido pelo legislador, com o argumento de que as penas estabelecidas pela reforma de 2009 seriam muito altas e "desproporcionais" a certas agressões sexuais. Curioso que os autores e julgadores não se propõem a discutir a eventual inconstitucionalidade da norma penal por violação do princípio da proporcionalidade entre crime e pena, mas simplesmente recomendam que não seja aplicada. Ora, o legislador de 2009 reiterou sua posição no sentido de proibir relação sexual com menores de 14 anos: "art. 217-A: ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena- reclusão de 8 a 15 anos". Não há exceção nessa previsão legal. Os aplicadores do direito se submetem ao império das leis, inclusive para garantir a segurança jurídica, sendo vedado que o juiz decida conforme suas opiniões sobre a adequação interna e externa da norma. Do contrário, teríamos no sentido mais patriarcal da expressão um "império de homens", e não de leis.

e) *Negação da pedofilia*. Em todos os julgados que analisamos, a negação da violência contra as meninas e adolescentes se vincula também com a negação da existência de uma prática de pedofilia no Brasil. A pedofilia é ato de violência sexual dirigida contra uma vítima em posição de dominação e submissão. O pedófilo exerce forte poder sobre sua vítima, em razão da diferença de desenvolvimento físico e psíquico. Eventuais vínculos familiares potencializam a diferença de poder, fazendo com que a vítima possua poucas chances de reagir.

Dentre os perfis de pedófilos podemos citar aqueles que tentam "seduzir" a criança ou adolescente para ganhar sua confiança e também porque precisam se sentir desejados pelas suas vítimas, os que desprezam a necessidade de estabelecer um vínculo afetivo e são, desde o início, violentos e aqueles que apresentam comportamentos intermediários. O pedófilo pode praticar penetração (Cárcerles, 2009) ou se limitar a atos de voyeurismo, exibicionismo ou atos sexuais que não deixam vestígios de violência física. Mas todos os casos têm um elemento em comum: as

vítimas sofrem graves danos⁵². Um problema é que os operadores do direito não têm conhecimento nem vontade de analisar os problemas e condições desse tipo de violência, não compreendendo, como nos exemplos citados, que um pedófilo agride fortemente sua vítima, mesmo quando acaricia seu corpo ou manifesta comportamento exibicionista. Limitar-se a analisar “objetivamente” a gravidade de um ato com sentido sexual seria como reprimir crimes de informática, sem conhecimento das formas de atuação dos hackers!

4.4. Direitos das mulheres e empréstimo jurídico

Como dissemos no início desse capítulo, diversos fatores levam a mudanças em relação à tutela dos direitos das mulheres, tendo ocorrido amplas reformas normativas, sobretudo nas áreas do direito constitucional, do direito de família, do direito do trabalho e do direito penal, visando estabelecer a igualdade entre os gêneros.

Observa-se, nesse contexto, o fenômeno do empréstimo jurídico (Lição 4, 3.4.2). Muitas dessas reformas receberam influência direta de normas de origem internacional, produzidas pela ONU e, no continente americano, pela OEA.

Muitos países só começaram a desenvolver uma legislação específica sobre problemas de tutela dos direitos das mulheres, após a ratificação de tratados sobre igual tratamento, promoção e capacitação.

Um exemplo nos dá o tratamento jurídico dado à violência contra a mulher no Brasil. A Lei 10.778/2003, que obrigou os serviços de saúde a notificar casos de violência contra a mulher adota uma definição idêntica àquela que se encontra na *Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher*, de 1994, assinada pelos países da OEA e ratificada pelo Brasil em 27.11.1995. Os aspectos problemáticos dessa definição (Vegners, 2005, p. 8) não foram corrigidos pelo legislador pátrio, comprovando uma tendência de assimilar tratados internacionais de maneira acrítica.

Em paralelo, cumprindo com a sua obrigação internacional de tomar medidas para coibir a violência doméstica, o legislador brasileiro introduziu em 2004, no art. 129 do Código Penal, o § 9º, que criminaliza essa prática (norma modificada em 2006, pela Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha).

4.5. Direitos das mulheres e ações afirmativas

Apesar das demandas de paridade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres e dos significativos avanços, nenhum país do mundo conseguiu tornar

52. Para uma análise sobre as possibilidades de atuação em casos de violência sexual intrafamiliar, cfr. Azambuja, 2004.

efetiva a igualdade entre os gêneros. Discutiremos as ações afirmativas que se relacionam com a problemática da mudança social por meio do direito.

As ações afirmativas são medidas de caráter político que tutelam os interesses de grupos sociais considerados marginalizados no intuito de produzir a igualdade material (quotas para o acesso a cargos eletivos, incentivos econômicos para empregador, favorecimento de candidatos em concursos etc.). Tais medidas objetivam compensar as dificuldades de inserção e o preconceito de que sofrem esses grupos, produzindo igualdade na prática (Raposo, 2004).

As ações afirmativas surgiram nos anos 1960 nos EUA, onde se desenvolveu uma ampla discussão sobre os direitos dos negros e, posteriormente, das mulheres. Atualmente vários países empregam ações afirmativas para favorecer igualdade de gênero, sendo uma política que, apesar das críticas que alegam o desrespeito à igualdade formal, encontra amplo consenso e obtém resultados práticos.

As ações afirmativas mantêm uma forte correspondência com a problemática da relação entre a mudança social e o direito (Lição 4, 3). No Brasil, a Lei 9.100/1995 estabeleceu (art. 11, § 3.º), que 20% dos candidatos de cada partido nas eleições municipais deveriam ser de sexo feminino. A Lei 9.504/1997 (art. 10, § 3.º) fixou a quota em 30%, impondo-a a todas as eleições. Estatísticas indicam o impacto causado pela adoção da política de quotas: a porcentagem de vereadoras passou de 8% do total dos eleitos em 1992 para 11% em 1996, 11,61% em 2000 e 12,65% em 2004. A porcentagem de deputadas federais passou de 6,38% em 1994 para 5,65% em 1998, 8,2% em 2002 e 8,8% em 2006, chegando a 9,9% em 2014.⁵³

Isso significa que em duas décadas houve aumento da participação feminina de aproximadamente 60% no legislativo municipal e 40% no legislativo federal. Essa mudança é significativa por ter ocorrido em um lapso temporal relativamente curto, lembrando também que em 2010 foi eleita, pela primeira vez, uma mulher para o cargo de Presidente da República e que aumenta o número de governadoras e prefeitas.

Este é um dos exemplos que permitem dizer que uma legislação a favor das mulheres pode atuar como propulsor de uma mudança social, contribuindo para a melhoria da condição social das mulheres. Porém, ao mesmo tempo, constatamos as fortes limitações.

No caso em exame, uma série de fatores como a falta de apoio dos partidos políticos para as candidaturas femininas, incluindo o fato de que na maioria dos casos esses não respeitam a previsão legislativa de quotas, e o desinteresse das

53. Dados em: Maschio, 2003; [http://www.cfemea.org.br/images/stories/pdf/eleicoes2006-2002-1998-1994_eleitos_CD_UFSexo.pdf]; Venturini e Villela, 2016. Ampla análise em Ramos, 2015.

mulheres pela política provocado por sua forma de socialização tiveram como resultado que, apesar dos incentivos do legislador, para cada mulher eleita ainda tenhamos oito ou nove homens eleitos.

4.6. As mulheres como operadoras do direito

As pesquisas dedicadas às características sociais dos operadores do direito constataam a crescente participação feminina nas profissões jurídicas. Até o início do século XX as mulheres eram proibidas de exercer profissões liberais em diversos países. Apesar dos mecanismos de exclusão ainda atuantes, não é possível negar que houve um grande avanço no que se refere à participação das mulheres no mundo jurídico. Em muitas profissões, o contingente de mulheres já supera o masculino – com a exceção dos policiais, profissão ainda masculina, apesar do crescimento do efetivo feminino.⁵⁴

No caso do Brasil, nos últimos anos formaram-se em direito mais mulheres do que homens. Entre 1970 e 1991 constatou-se um contínuo aumento na porcentagem de mulheres nas profissões jurídicas: no âmbito da advocacia, de 9% para 20%; nas promotorias e procuradorias, de 10% para 36%; na magistratura, de 5% para 20%.⁵⁵ Já em 2013, as advogadas brasileiras chegaram a 45% do total da profissão.⁵⁶

Dados sobre a magistratura brasileira confirmam o constante crescimento da participação feminina.⁵⁷ Em 2003, a porcentagem de juízas nos tribunais de primeira instância da justiça comum era de 32% e nas varas da justiça do trabalho chegava a 48%. Já em 2013, a média de mulheres no Judiciário chegava a 35,9%. Mesmo assim, a presença de mulheres nos tribunais de segunda instância e nos tribunais superiores é ainda limitada. Em 2015, as Desembargadoras nos Tribunais de Justiça chegavam a 21,5% e as Ministras dos quatro Tribunais superiores totalizavam 18% de seus integrantes, ressaltando que apenas em 2000 assistiu-se à nomeação da primeira mulher ao Supremo Tribunal Federal.

54. Entre 1984 e 1994 o número de mulheres policiais aumentou de duas a seis vezes, dependendo do país (Lemgruber, 2001, p. 378). Em 2003, a porcentagem de mulheres na Polícia Militar alcançava 7% do total dos policiais na ativa, sendo que em 2000 a porcentagem de mulheres na Polícia Civil chegava em quase 20% (Soares e Musumeci, 2005, p. 150, 152).

55. Junqueira, 2001, p. 215-216. Na Alemanha, a porcentagem de juízas passou de 6% em 1969 para 38% em 2010 (Raiser, 1999, p. 366; [<http://anwaltsblatt-karriere.anwaltverein.de/nachrichten/items/richterinnen-immer-noch-in-der-unterzahl.html>]). A porcentagem de advogadas passou de 4,5% em 1970 para 33% em 2012 [http://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/statistiken2012/rainnen2012.pdf].

56. [<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroAdvogados>].

57. Encontramos os dados em [<http://www.stf.jus.br>], em página que não é mais acessível. Dados mais recentes em Venturini, 2016.

Aqui há duas hipóteses que merecem ser estudadas. Em primeiro lugar, a sub-representação das mulheres nos tribunais superiores pode ser atribuída à entrada tardia das mulheres no mundo jurídico. Uma outra hipótese seria considerar que, apesar da feminização das profissões jurídicas, persistem elementos da cultura patriarcal que impõem uma seletividade de gênero, impedindo o acesso das mulheres aos tribunais superiores. Podemos citar como exemplo pesquisa feita nos EUA: em 1999 28% dos advogados eram mulheres, mas essa porcentagem caía para 15% entre os sócios de grandes escritórios de advocacia, havendo preconceitos de sexo (e também de cor) que impediam a ascensão profissional (Pierce, 2002).

Além disso, as pesquisas indicam que a crescente feminização não causou alteração significativa no exercício das profissões jurídicas. Parece que as mulheres conquistaram o mundo jurídico, sem mudá-lo, isto é, sendo obrigadas a adotar padrões de comportamento masculinos (Junqueira, 2001-a).

5. Conclusão: resposta a Radbruch

A sociologia jurídica ignoraria uma parte significativa das relações entre o direito e a realidade social se não analisasse as complexas relações entre os regulamentos e as práticas jurídicas e a posição social da mulher. Isso permite fazer uma crítica às ideologias que apresentam o direito como instrumento de igualdade. Permite também entender que a mudança social no século XX teve importantes repercussões nas normas jurídicas e na sua aplicação, melhorando a posição das mulheres em muitos países.

Mesmo assim, a profecia de Radbruch citada no início dessa Lição, não foi cumprida. Não temos um verdadeiro direito humano sem distinção entre homens e mulheres. A teoria feminista do direito indica que essa profecia não poderá ser cumprida em sociedades patriarcais. Houve melhorias e conquistas, mas a opressão do gênero feminino ainda continua e os três relatos acrescentados aqui sobre a atuação de juízes brasileiros, de instâncias superiores, nos permitem corroborar essa afirmação.

Para ir mais longe

Baratta, 1999; Bartlett e Kennedy, 1991; Bergalli e Bodelón, 1992; Bodelón, 1996; Lois e Freitas, 2016 Nicolás e Bodelón, 2009; Samaranch e Bodelón, 2007; Dahl, 1993; Fletcher, 2002; Landes, 1998; Sabadell, 1998, 1999, 2005; 2008; Sabadell e Castro, 2013; Sanches e Gebrim, 2003; Scisci e Vinci, 2002; Siim, 2000; Verucci, 1999; Weisberg, 1993; West, 2000.