



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ESTUPRO: UMA QUESTÃO DE GÊNERO?

Isabelle Vidal de Freitas

Rio de Janeiro
2018

ISABELLE VIDAL DE FREITAS

ESTUPRO: UMA QUESTÃO DE GÊNERO?

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof^a Cláudia das Graças Matos de Oliveira
Portocarrero

Coorientadora:

Prof^a Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2018

ISABELLE VIDAL DE FREITAS

ESTUPRO: UMA QUESTÃO DE GÊNERO?

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2018. Grau atribuído _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente Desembargador Cláudio Brandão de Oliveria – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

Convidada: Prof.^a Elisa Ramos Pittaro Neves – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

Orientadora: Prof.^a Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

Aos meus pais, Eduardo e Isabela, e ao meu irmão Pedro Victor, por sempre acreditarem em mim.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Isabela e Eduardo, sempre muito batalhadores, por todo amor, incentivo e apoio incondicional. Por todas as noites que passaram estudando e por todos os dias que passaram trabalhando para me proporcionar melhores condições de vida. Por todos os exemplos de caráter e de luta que propiciaram. Por todas as vezes que me ensinaram que família é sinônimo de união e cuidado.

Ao meu irmão Pedro Victor, por estar sempre ao meu lado, me ajudando e buscando me compreender.

Ao Gustavo, por todo amor, companheirismo e paciência.

À professora e orientadora Claudia Portocarrero, que topou encarar esse projeto comigo logo no primeiro momento e me deu todo suporte, atenção e carinho necessários.

À professora e coorientadora Néli Fetzner, que acreditou e confiou em mim e nesse trabalho desde o início e me desafiou a pensar e questionar ainda mais cada tópico abordado.

À professora Elisa Pittaro, por ter contribuído tanto com novas bibliografias e rumos para essa pesquisa.

À Escola da Magistratura, por todas as oportunidades que me foram ofertadas.

A todos que, de alguma forma, contribuíram nesse percurso até aqui.

“O homem é definido como ser humano e mulher é definida como fêmea. Quando ela comporta-se como ser humano ela é acusada de imitar o macho.”.

Simone de Beauvoir

SÍNTESE

O presente trabalho visa realizar uma análise entre estupro e gênero. Esse tema é marcado pela sua relevância na discussão do mencionado delito no ordenamento jurídico, na jurisprudência e na doutrina brasileira no decorrer dos anos, buscando identificar possíveis mudanças ou constâncias sob o ângulo da isonomia entre os gêneros. Desse modo, enfrentar-se-á as forças jurídicas conservadoras e a necessidade de uma quebra de paradigmas rumo à igualdade material entre homens e mulheres, através de uma Teoria Feminista do Direito que propõe uma releitura interdisciplinar do Direito Penal, especialmente do crime em comento. Por fim, essa reflexão identifica que estupro e gênero encontram-se em uma relação simbiótica que tem por base a opressão feminina.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1.O TRATAMENTO DO CRIME DE ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	11
1.1. A repressão sexual e a sua relação com o estupro.....	11
1.2. Aspectos históricos do crime de estupro na lei brasileira.....	15
1.3. Lei Maria da Penha: uma mudança de valores?.....	19
1.4. A nova redação do art. 213 do Código Penal dada pela Lei nº 12.015/09.....	25
2. AS DIVERSAS FACETAS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	30
2.1. Igualdade formal e material: uma origem não linear.....	30
2.2. A evolução da isonomia no contexto brasileiro.....	36
2.3. Feminismo, feminismos, gênero e igualdade: uma discussão necessária.....	42
2.4. Uma teoria feminista do Direito?.....	49
3. O OLHAR DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME DE ESTUPRO SOB O PARADIGMA DA IGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS.....	54
3.1. Reflexões da doutrina e da jurisprudência tradicional sobre o crime de estupro.....	54
3.2. Considerações da doutrina contemporânea sobre o crime de estupro.....	60
3.3. Estupro: uma necessidade de releitura.....	64
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico busca fazer uma análise da temática do estupro na lei, na doutrina e na jurisprudência pátria sob o paradigma da isonomia entre os gêneros para responder a questão que se coloca no título. Isso porque a igualdade é direito fundamental previsto na Constituição Federal e pressuposto essencial para resguardar a dignidade humana dos indivíduos.

Outrossim, a sexualidade é algo inerente a todos os seres humanos e que tem uma importância significativa em sua formação, devendo ser olhada sem prejulgamentos e sobretudo respeitada.

Nesses termos, o estupro é um crime que causa profundos traumas em suas vítimas, e ainda hoje é cometido todos os dias no Brasil em proporções alarmantes, o que demonstra uma certa tolerância social. Ademais, percebe-se que na grande maioria dos casos é praticado contra mulheres, o que denota a presença de uma questão de gênero nessa dinâmica.

Assim, por mais que recentemente tenham ocorrido alterações significativas na lei penal que transformaram o próprio conceito e natureza desse delito, consertando certas discrepâncias, muitos comentários da doutrina e da jurisprudência não acompanharam o espírito dessas mudanças legislativas. Desse modo, continuam perpetuando um olhar estereotipado e preconceituoso sobre o seu conteúdo e sua vítima.

Nessa linha de pensamento, percebe-se que é necessário um mapeamento histórico e um exame axiológico desse crime sob uma perspectiva de gênero, levando-se em consideração o princípio basilar da igualdade. Além disso, é necessária a abordagem de uma teoria feminista do direito como instrumento de transformação da doutrina e jurisprudência sobre o tema em estudo.

No primeiro capítulo, por meio de uma abordagem histórica, busca-se fazer uma introdução ao tema da sexualidade e compreender como foi a evolução do conceito de estupro dos primeiros ordenamentos jurídicos escritos até chegar ao direito brasileiro, tendo como foco as mudanças valorativas trazidas pela Lei Maria da Penha e pela Lei nº 12.015/09. Pretende-se com isso estabelecer qual era o papel delegado à mulher no crime de estupro em uma perspectiva histórica para comprovar que a lei evoluiu no sentido da igualdade entre os gêneros.

Em relação ao segundo capítulo planeja-se investigar as origens do princípio em comento, através de um exame histórico, estabelecendo as diferenças entre igualdade formal e

material. Além disso, demonstra-se que a luta feminista nada mais é do que a busca por um tratamento isonômico entre os gêneros, acabando com falsos conceitos sobre o tema. Almeja-se ainda demonstrar a existência e a necessidade de uma teoria feminista do direito.

No último capítulo, analisa-se a doutrina e a jurisprudência sobre o assunto, focando em comentários que não mais condizem com uma realidade que deveria valorizar homens e mulheres da mesma forma. Por conseguinte, defende-se a necessidade de uma mudança no olhar doutrinário e jurisprudencial sobre o estupro com o propósito de promover um direito mais justo e uma sociedade mais igualitária, tendo por base uma visão interdisciplinar e feminista sobre o tema.

Tratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, que é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora objetiva se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a tese de que o estupro e a preconceito de gênero estão intimamente ligados.

1. O TRATAMENTO DO CRIME DE ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Este capítulo busca localizar o crime de estupro na História, especialmente a brasileira, colocando as principais características que lhe foram atribuídas nas diferentes épocas, dando ênfase nas mudanças trazidas pela Lei Maria da Penha e pela Lei nº 12.015/2009.

Dessa forma, é essencial em um primeiro momento estabelecer o que é sexualidade e o que é repressão sexual, de forma a delinear o estupro de um modo mais adequado.

1.1. A repressão sexual e a sua relação com o estupro

A sexualidade é um atributo da natureza humana. Não é sinônimo de sexo, uma vez que esse compreende a própria genitália da pessoa, é uma característica anatômica. Aquela, para Greco e Rassi¹, compreende um campo multidisciplinar que reúne concepções médico-biológicas, socioculturais e psicológicas, diferenciadas disciplinas que destacam, de maneira complementar, cada um dos aspectos inerentes da sexualidade: fisiológicos, evolutivos, antropológicos, etiológicos, socioculturais e normativos, cognitivos, motivacionais e semióticos. Ou seja, engloba toda exteriorização do instinto sexual e todas as normas sociais, jurídicas e religiosas que a determinam ou apresentem alguma sanção.

Freud foi um dos primeiros pensadores a debruçar-se sobre a questão da sexualidade. Em uma visão que caminha contra a noção clássica de sexualidade como instinto, ele defende que a sexualidade surgiria na criança desde o seu nascimento². Zornig³ também defende a concepção de Freud de que a sexualidade não pode ser vista como instintiva, conforme a citação abaixo:

A concepção clássica de instinto tem como modelo um comportamento que se caracteriza por sua finalidade fixa e pré-formada, com um objeto e objetivo

¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3-4.

² COSTA, Elis Regina da; OLIVEIRA, Kênia Eliane de. *A sexualidade segundo a teoria psicanalítica freudiana e o papel dos pais neste processo*. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/rir/article/viewFile/20332/19287>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

³ ZORNIG, Silvia Maria Abu-Jamra. *As teorias sexuais infantis na atualidade: algumas reflexões*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v13n1/v13n1a08.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

determinados, enquanto a noção freudiana de sexualidade defende a idéia de que a sexualidade humana não é instintiva, pois o homem busca o prazer e a satisfação através de diversas modalidades, baseadas em sua história individual e ultrapassando as necessidades fisiológicas fundamentais. Assim, se a sexualidade se inicia com a anatomia (no nascimento), sua conquista depende de um longo percurso durante a construção da subjetividade da criança.

Em seu aspecto sociológico⁴, a sexualidade deve ser enxergada tendo como ponto central a construção social, pois essa fornece subsídios para se determinar a relação entre o comportamento sexual e o tratamento que lhe é dispensado pelo Direito.⁵ Nessa linha de pensamento, Greco e Rassi⁶ foram categóricos ao afirmar:

Sob esse enfoque, a sexualidade deixa de ser um fenômeno meramente biológico ou natural, que ao sofrer modificações quanto ao seu sentido, à sua função e à sua regulação, desloca-se para o plano da sociedade, da cultura e da história. Não há caráter absoluto nos comandos comportamentais de uma sociedade no que diz respeito ao comportamento sexual. A própria historicidade desses comandos, verificada em determinada época, é capaz de demonstrar a relatividade desses comportamentos.

Desse modo, a forma como a sexualidade é exercida está diretamente relacionada com a sociedade em que se encontra, e o comportamento sexual considerado como adequado ou desviante é algo construído, depende dos valores de determinado corpo social. Ademais, essa relatividade da conduta sexual socialmente aceita ou não, varia não só em relação ao espaço, mas também ao tempo de sua construção.

O problema é que essa força sexual é algo poderoso para que possa ser exercido de maneira plena, razão pela qual as sociedades impõem limites ou reprimiram determinadas condutas. Esse controle foi exercido através de vários mecanismos sociais como leis, moral e religião, que foram utilizados para fixar padrões, e até mesmo conceitos comportamentais, o que faz parte da denominada repressão sexual.⁷

Chaui⁸ conceitua repressão sexual como “conjunto de interdições, permissões, normas, valores, regras estabelecidas histórica e culturalmente para controlar o exercício da sexualidade” e foi utilizada como meio de controle social, seja para evitar comportamentos danosos ao corpo social, quanto para manter determinados sujeitos no controle do grupo social.

⁴ O estudo da sexualidade sob o aspecto sociológico foi iniciado por Marcel Mauss na primeira metade da década de 1930 com a publicação do livro “As técnicas do corpo” quando traçou as primeiras noções de técnicas corporais, tornando objeto de reflexão o corpo e os hábitos de cada sociedade.

⁵ GRECO; RASSI, op. cit., 2010, p.4.

⁶ Ibid., p.5.

⁷ Ibid., p.6.

⁸ CHAUI apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Atlas, 2010, p.6.

Foucault⁹ enfatizava que a repressão sexual foi, desde a época clássica, o modo essencial de conexão entre poder, saber e sexualidade e que isso se sustenta até hoje, assim, se o sexo é reprimido, proibido, colocado em um lugar de inexistência e mutismo, o simples fato de falar dele e de sua repressão é transgressor. E essa repressão impede a maioria de nós de vincular revolução e prazer. Outrossim, é esperado, portanto, que os efeitos da liberação desse poder repressivo demorem e se apresentar, pois o fato de falar-se livremente de sexo e aceitá-lo em sua realidade é estranho à linguagem direta de toda uma história.

O mesmo autor afirmava que “A sexualidade é, então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. E absorve-a, inteiramente, na seriedade da função de reproduzir. Em torno do sexo, se cala.”.

Portanto, a essência da história da sexualidade é a eterna luta que faz com que o corpo social seja um instrumento das relações de poder na afirmação de suas regras. Chauí defende que “desde que o mundo é mundo, seres humanos e animais são dotados de corpos sexuados e as práticas sexuais obedecem as regras, exigências naturais e cerimônias humanas”.¹⁰

Sendo assim, é possível constatar que a história da sexualidade é a própria história de sua repressão e de sua transgressão.

Nesse sentido, é importante ressaltar que esse controle da sexualidade é “o método por excelência do controle cotidiano das mentes e dos corpos das mulheres nas culturas patriarcais”¹¹ enquanto que a ideia de sexo como impulso biológico instintivo é delegada historicamente à sexualidade do homem, que domina, controla e é violenta, justamente por ser dificilmente controlável.¹² Portanto, essa repressão sexual também foi utilizada como forma de opressão e controle dos homens sobre as mulheres.¹³

Em relação isso, cabe enfatizar um ponto bastante relevante levantado por Millot¹⁴ de que essa proibição das mulheres de se interessarem pela sexualidade resulta em um entrave

⁹ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. v.1: a vontade de saber; tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 11-15.

¹⁰ CHAUI apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, op. cit., 2010, p.8.

¹¹ BLEIER apud GRIFFIN, Karen. *Violência de Gênero, Sexualidade e Saúde*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/csp/v10s1/v10sup11a10.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

¹² Ibid.

¹³ Vários meios foram utilizados no decorrer da história para controlar a sexualidade feminina, provavelmente o mais cruel deles seja a mutilação genital feminina, que é realizada ainda hoje especialmente em algumas regiões da África, Ásia e Oriente Médio. Esse processo impossibilita praticamente qualquer prazer sexual feminino, além de ser extremamente doloroso e poder causar hemorragias, infecções e a até mesmo a morte.

¹⁴ MILLOT, Catherine. Freud *Antipedagogo*; tradução de Ari Roitman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987, p. 29.

em sua curiosidade intelectual, pois a vida sexual é o protótipo do exercício das outras funções. Tal fato alimenta o ciclo de submissão feminina.

Além disso, esse pensamento naturaliza determinados comportamentos masculinos, legitimando-os, e acaba por criar o que se denominou por cultura do estupro¹⁵. Isso nada mais é do que uma mentalidade muito comum até os dias de hoje, que tende a culpar a vítima mulher, em razão de determinado comportamento, pelo estupro sofrido, pois, considera o homem, quando agente, como ser incapaz de controlar seus impulsos sexuais e que por isso tem legitimidade para impor o ato sexual a quem o “provoca” ou a quem “merece”.

Acrescenta-se que em recente pesquisa realizada em 2013 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) foi constatado que 58,5% dos entrevistados concordam totalmente ou parcialmente com a assertiva “ Se as mulheres soubessem se comportar, haveria menos estupros”, o que demonstra que grande parte da população brasileira atribui certa parcela de culpa às mulheres vítimas de estupro.¹⁶

Em razão dessa certa tolerância a determinados comportamentos sexuais abusivos masculinos e por causa desse tabu em torno da sexualidade feminina, o estupro se tornou uma epidemia silenciosa. Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹⁷, em 2015, foram registrados 45.460 casos de estupro no Brasil, o que demonstra uma taxa de 22 estupros para cada 100 mil habitantes. Ademais, a taxa de estupros tentados e consumados chega a 65,21 em 100 mil habitantes no Acre e a 59,5 em 100 mil habitantes no Mato Grosso.

Por outro lado, segundo informações do Dossiê Mulher 2017¹⁸, realizado pelo Estado do Rio de Janeiro, do total de 4.705 estupros notificados em 2016, 85,3% haviam sido praticados contra vítimas mulheres. Quanto a isso, cabe a referência a outro número sobre o perfil das mulheres vítimas de estupro: mais de 55,5% das vítimas de estupro eram meninas de 0 a 14 anos.

¹⁵ Termo cunhado por feministas norte-americanas da década de 1970, sendo registrado pela primeira vez em 1974 no livro *Rape: The First Sourcebook for Women*, editado por Noreen Connel e Cassandra Wilson ao New York Radical Feminists e conceituado em um primeiro momento documentário de 1975 *Rape Culture*, produzido e dirigido por Margaret Lazarus e Renner Wunderlich a Cambridge Documentary Films. No Brasil, tem sido muito utilizado pela militância feminista e pelas teóricas acadêmicas. Encontra paralelo com as teorias feministas acerca do patriarcado e seus mecanismos de sujeição das mulheres, incluindo sua objetificação sexual.

¹⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_no_vo.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2017.

¹⁷ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/populacao-prisonal/>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

¹⁸ INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Dossiê Mulher 2017*. Disponível em: <<http://www..ispdados.rj.gov.br/SiteIsp/DossieMulher2017.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

Tendo em vista que o estupro é extremamente subnotificado, em função de todo esse histórico de repressão sexual, o que gera vergonha e medo de denunciar, os números devem ser ainda maiores. O que demonstra a necessidade de falar-se sobre ele.

1.2. Aspectos históricos do crime de estupro na lei brasileira

O estupro é um dos delitos mais condenáveis que alguém pode cometer, sendo considerado o mais grave dos crimes sexuais. Nessa linha de pensamento, todos os ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas o previram. Entretanto, o processo de reconhecimento legal de forma a resguardar todas as suas vítimas, independente de gênero, condições físicas e sociais, foi extremamente lento.

A primeira compilação escrita de normas jurídicas da humanidade, o Código de Hamurabi¹⁹ (cerca de 1772 a.c.), já previa tal crime com a seguinte descrição em seu artigo 130: “Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre”. Percebe-se que só poderia ser sujeito ativo desse delito o homem e apenas a mulher virgem, que vivia na casa do pai, poderia ser sujeito passivo. É possível inferir também que a mulher era tratada como um bem pertencente a seu pai e que a regra em comento resguardava a moral do patriarca frente à sociedade, não sendo relevante a situação da ofendida e sua sexualidade.

Foi no Direito Romano que surgiu a palavra *stuprum* que originou a palavra estupro, todavia, não tinha o significado de conjunção carnal violenta cuja expressão era *crimen vis*, ao qual era punida com a pena de morte, nas palavras de Bitencourt²⁰:

Os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes sexuais, principalmente os violentos, dentre os quais se destacava o de estupro. Após a Lex Julia de adulteris (18 d.C.), no antigo direito romano, procurou-se distinguir adulterius e stuprum, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a conjunção carnal violenta, que ora se denomina estupro, estava para os romanos no conceito amplo do *crimen vis*, com a pena de morte.

Gusmão²¹ acrescenta que a Lei Leovigildo no Código dos Visigodos colocava que, se fosse homem livre, o esturador se tornaria escravo de sua vítima e também receberia cem

¹⁹ BABILÔNIA. *Código de Hamurabi*. Disponível

em: <<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2017

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 48.

açoites, sendo proibido de se casar com ela. Entretanto, se o acusado fosse escravo pelo delito fosse escravo, ficava sujeito à pena de morte queimado ao fogo.

Bitencourt salienta que essa tradição de pena capital para o delito em comento foi seguida pela Idade Média.²²

Da mesma forma, as Ordenações Filipinas, primeiro regramento penal aplicado no Brasil, embora não utilizasse da rubrica estupro, previa pena de morte ao delincente. A propósito, assim descrevia o Título XVIII, do Livro V, do Código Filipino²³:

Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo (3), ou seja scrava (4), morra por ello.(...) 1. E postoque o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e aindaque o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado.

Pode-se visualizar que por esse ordenamento o delito analisado poderia ser cometido contra qualquer mulher, seja ela honesta, prostituta ou escrava e que nem mesmo o perdão posterior da vítima ou o casamento afastava a aplicação da pena de morte. Ressalta-se que a virgindade não era requisito essencial para sua efetivação.

Posteriormente, em 1830, o Código Criminal do Império²⁴ tratava esse delito no capítulo “Dos crimes contra a segurança da honra”. O estupro estava contido no artigo 222, e o crime de Atentado Violento ao Pudor, embora não denominado com esse nome, no artigo 223. A descrição dos mencionados artigos era a seguinte:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondentemente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Observa-se que nesse momento surge a expressão mulher honesta, mostrando que havia um pré julgamento sobre a vítima, como se ela com seu comportamento pudesse de alguma forma contribuir para que o estupro acontecesse. Jesus²⁵ define mulher honesta como “a que

²¹ GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2001. p. 81-82.

²² BITENCOURT, op. cit., p.48.

²³ PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em 07 mai. de 2017.

²⁴ BRASIL. *Código Criminal de 1830*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 07 mai. de 2017.

²⁵ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.750.

mantém uma conduta regrada, honrada e decente, de acordo com os bons costumes”, acrescentando que:

Só deixa de ser mulher honesta a mulher fácil, que se entrega a todos os que a desejam, que desrespeita franca e abertamente as convenções sociais. É a mulher de vários homens, desregada e de costumes dissolutos, que se entrega por interesse ou depravação, sem guardar o mínimo de ética sexual exigível.

Desse modo, percebe-se que a honestidade e a ética de uma mulher estavam diretamente ligados com a quantidade de homens com quem ela já havia realizado relações sexuais, ou seja, tal conceito estava intrinsecamente relacionado com a moralidade social, com os bons costumes. Além disso, essa análise da mulher era realizada tendo como foco o homem, sob o olhar masculino, sendo a mulher mero coadjuvante, um objeto que tem seu valor medido pelo número de parceiros sexuais de que teve.

Ademais, chama a atenção o fato da pena ser consideravelmente menor quando o estupro tiver sido cometido contra prostituta, o que demonstra que a pessoa em situação de prostituição era vista pela sociedade como alguém menos importante, que não merecia uma tutela estatal tão forte. Outrossim, quando ocorria violência com fim libidinoso, e não ocorresse a conjunção carnal, o crime era outro.

Curiosamente também era considerado estupro para essa lei²⁶, em seu art. 219, a relação sexual com mulher virgem, menor de dezessete anos, independente do consentimento dela, e que a pena era o desterro para fora da comarca em que residir a deflorada, por um a três anos. Essa pena não seria aplicada se o criminoso e a vítima de casassem.

Em 1890, o Código Penal Republicano²⁷ tratou o estupro no Título VIII denominado “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor” nos artigos 268 e 269 da seguinte forma:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão celllular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão celllular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcoticos.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 24.

²⁷ Id. *Código Penal de 1890*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 07 mai. de 2017.

Constata-se que pela primeira vez a lei se referiu ao pudor de determinada pessoa, entretanto ainda é cristalino que a preocupação principal do legislador é com a moralidade social, tendo em vista a permanência da figura da mulher honesta, bem como um juízo de valor que menospreza determinados grupos de mulheres em razão de seu comportamento, desvalor esse que era atribuído antes somente às prostitutas, mas agora também é delegado às “mulheres públicas”²⁸. Acrescentou-se ainda a importante observação de que a violência, que é usada como meio para o estupro, pode não ser física, mas somente psíquica.

O título VI do Código Penal de 1940²⁹ cuida dos crimes que, de modo geral, podem ser denominados sexuais, que em sua maioria estavam previstos no Código anterior de 1890 sob a nomenclatura “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor” e passaram a ser “Dos crimes contra os costumes”. Nota-se que houve uma mudança de nome, mas a mudança ideológica não foi substancial, vide a exposição de motivos da Parte Especial do Código³⁰ que diz que “o direito penal não pode acomodar-se ao afrouxamento dos costumes”, o que demonstra que continuou-se a ver a tutela dos crimes sexuais, principalmente, como uma questão do indivíduo frente à sociedade, e não como alguém que tem direito a uma vida sexual saudável.

Pode-se constatar que na mesma exposição de motivos, pode ser encontrado um outro comentário que causa espanto aos olhos de hoje: “ nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser, também, um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior e a única vítima de seus infortúnios sexuais”.^{31 32}

A redação original do artigo 213³³ era: “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:”. Mais uma vez percebe-se que somente a mulher poderia ser sujeito passivo do crime de estupro.

Faz-se mister ressaltar que o ponto essencial para se compreender o que é estupro não está na violência ou na grave ameaça, mas sim no constrangimento ilegal, na falta de consentimento de uma das partes. Tal comentário é necessário uma vez que nem todo sexo praticado com violência é estupro, de outro modo, aquele praticado sem violência pode o ser. O

²⁸ Clovis Bevilacqua, em seu livro *Criminologia e Direito*, colocava como “mulheres públicas” àquelas que não tinham vínculos familiares, reafirmando a preocupação da época com a moralidade social. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/11372/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20deborahalideclaroni.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 26 de jul. de 2017.

²⁹ BRASIL. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 07 mai. de 2017.

³⁰ OLIVEIRA, Juarez de. *Código Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva. 1991. p.36.

³¹ *Ibid.*

³² Tal trecho revela a presença de uma ideário de culpabilização da vítima nos moldes da Cultura do Estupro.

³³ BRASIL. *op. cit.*, nota 29.

que caracteriza essencialmente o estupro é a ausência de concordância de um dos participantes com o ato sexual.

Cabe mencionar que somente com a Lei nº 11.106/2005³⁴ houve a revogação do art. 107, VIII do Código Penal, que previa a extinção da punibilidade do esturador caso o mesmo se casasse com sua vítima. Tal previsão reforçava a visão de que os crimes sexuais eram uma questão de honra, de afronta exclusiva à moral, o que desconsiderava por completo o estado psíquico da vítima, reiterando uma mentalidade que enxergava a mulher como um objeto cuja posse é trocada entre pai e marido.

Outrossim, somente com a referida norma foi retirado do ordenamento jurídico brasileiro a tão detestável figura da mulher honesta, que ainda constava dos tipos penais “posse sexual mediante fraude” e “atentado ao pudor mediante fraude” que constavam nos artigos 215 e 216 do Código Penal.

Em relação ao termo, ainda antes do advento da Lei nº 11.106/2005, Nucci³⁵ dizia: “Com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, nada mais antiquado e passível de eliminação do sistema penal.” Já Greco³⁶ comentou a expressão da seguinte forma: “ A mulher do final do século XX já não podia sofrer este tipo de discriminação. Era um evidente preconceito, que tinha que ser suprimido da nossa legislação penal.”

Logo após a publicação da referida lei, uma outra norma veio a lume para trazer relevantes mudanças no ordenamento jurídico pátrio, como também na própria sociedade brasileira: a Lei Maria da Penha.

1.3. Lei Maria da Penha: uma mudança de valores?

Em primeiro lugar, ressalta-se que é preciso falar sobre violência doméstica contra a mulher, uma vez que os números são impressionantes. De acordo com pesquisa realizada em 2011 pela Secretaria de Políticas para Mulheres do Governo Federal em parceria com o

³⁴ Id. *Lei nº 11.106, de 28 de mar. de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em 07 mai. de 2017.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.674.

³⁶ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013, p.692.

Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE)³⁷, 43,1% das mulheres brasileiras já foram vítimas de agressão física em sua própria residência, sendo que 25,9% foram agredidas pelo cônjuge ou ex-cônjuge.

Acrescenta-se os dados relativos ao feminicídio, que pode ser conceituado como morte violenta de mulheres em razão do gênero³⁸, na medida em que 27,1% desses crimes são cometidos em ambiente doméstico, enquanto que os homicídios de homens ocorridos em residência alcança a taxa de 10,1% , menos da metade dos femininos³⁹. Entre os anos de 1980 e 2013 ocorreram mais de 106 mil feminicídios⁴⁰.

Quanto a isso, vale a observação feita por Mello⁴¹ de que o feminicídio não é um fato isolado na vida das pessoas de gênero feminino, mas sim o ponto final de uma continuidade de terror “que inclui agressões verbais, físicas e uma extensa gama de manifestações de violência e privações a que as mulheres são submetidas ao longo de suas vidas”.

Há ainda outro tipo de violência muito comum contra a mulher: a violência simbólica⁴². A dominação masculina, da forma como é perpetrada e vivida, para Bourdieu⁴³ é resultado desse tipo de violência e pode ser identificada nas maneiras de pensar, falar e agir. Nessa linha de pensamento, Mello⁴⁴ afirma:

As relações de gênero, enquanto relações de poder, estão ligadas às práticas de violência de homens contra as mulheres, entendidas como tentativas de submetê-las, controlá-las, e dominá-las, muitas vezes de forma sutil, por meio do discurso, do agir cotidiano, que irá dizer do lugar da mulher, que não será o mesmo do homem. A forma invisível desses discursos, com esquemas inconscientes, se insere no cotidiano, abrindo caminho para a dominação masculina como uma forma “naturalmente” aceita por homens e mulheres, estabelecendo o que Bourdieu denomina lógica da dominação.

³⁷ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Anuário das Mulheres Brasileiras*. Disponível em: <http://www.campanhapontofinal.com.br/download/new_12.pdf>. Acesso em 22 ago. de 2017 .

³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Disponível em: <http://www.onu-mulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acesso em 23 ago. de 2017.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ MELLO, Adriana Ramos de. *Femicídio: Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 2017.

⁴² Termo cunhado por Pierre Bourdieu que representa um tipo de violência que quem exerce não percebe que está exercendo e quem sofre não percebe que está sofrendo. Tem como principal meio a escola, pois lá ocorre a supervalorização da cultura dominante, acarretando a manutenção dos padrões de poder.

⁴³ BOURDIEU apud MELLO, op. cit., p. 160.

⁴⁴ MELLO, op. cit. p. 161.

Essa violência está entranhada na educação⁴⁵, na cultura⁴⁶ e até mesmo na ciência⁴⁷, enfim, nas mais diversas manifestações sociais, e por ser praticamente invisível, é difícil de ser combatida.

É necessário ainda contar o porquê da Lei nº 11.340/2006⁴⁸ ser conhecida como Lei Maria da Penha. Dias⁴⁹ explica que esse nome tem origem na dolorosa história de vida de Maria da Penha Maia Fernandes. Ela sofreu duas tentativas de feminicídio perpetradas pelo seu marido, a primeira através da simulação de um assalto fazendo uso de uma espingarda, deixando-a paraplégica, e a segunda por meio de uma descarga elétrica enquanto tomava banho.

Ela⁵⁰ ainda complementa a referida história:

Mas as agressões não aconteceram de repente. Durante o casamento, Maria da Penha sofreu repetidas agressões e intimidações. Nunca reagiu por temer represália ainda maior contra ela e as filhas. Somente depois de ter sido quase assassinada, por duas vezes, tomou coragem e decidiu fazer uma denúncia pública. Neste período, como muitas outras mulheres, reiteradamente, Maria da Penha denunciou as agressões que sofreu. Como nenhuma providência foi tomada, chegou a ficar com vergonha e a pensar: *se não aconteceu nada até agora, é porque ele, o agressor, tinha razão de ter feito aquilo*. Ainda assim, não se calou. Em face da inércia da Justiça, escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres e, como ela mesma diz, *não perdeu nenhuma oportunidade de manifestar sua indignação*.

A autora⁵¹ ainda destaca que o agressor só foi preso dezenove anos e seis meses após o fato e foi liberado depois de cumprir dois anos de prisão. A repercussão foi tão grande que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) em conjunto com o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) realizaram uma denúncia formal à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA). É importante mencionar que foi a primeira vez que a OEA aceitou

⁴⁵ De acordo com a “*Pesquisa sobre Preconceito e Discriminação no Ambiente Escolar*” realizada pelo Ministério da Educação (MEC) em parceria com a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), 93,5% dos respondentes, entre eles alunos, professores, diretores, profissionais de educação, tem algum nível de preconceito de gênero, sendo esse o preconceito nos alunos. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/diversidade_apresentacao.pdf>. Acesso em 23 ago. de 2017

⁴⁶ Pode-se colocar como exemplo de expressão cultural que propaga a violência doméstica contra a mulher a canção “*O maior castigo que eu te dou*” de Noel Rosa que tem em sua letra os seguintes versos “O maior castigo que eu te dou/ É não te bater/Pois sei que gostas de apanhar/Não há ninguém mais calmo/Do que eu sou/Não há maior prazer/Do que te ver me provocar/Não dar importância/A sua implicância”.

⁴⁷ Cite-se o exemplo da matemática Amalie Emmy Noether, considerada por Einstein “o mais significativo gênio criativo já produzido desde que as mulheres começaram a cursar os estudos superiores”, que em um primeiro momento não foi aceita como professora na universidade de Gottingen em razão de ser mulher. SOUZA, Kátia Cristina da Silva. *As Mulheres da Matemática*. Disponível em: <<https://www.ucb.br/site/s/100/103/TCC/22006/KatiaCristinadaSilvaSouza.pdf>>. Acesso em 23 ago. de 2017.

⁴⁸ BRASIL. *Lei nº 11.340, de 07 de ago. de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 07 mai. de 2017.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 21.

⁵⁰ Ibid., p.21.

⁵¹ Ibid., p. 22.

uma denúncia pela prática de violência doméstica e que em 2001 o Brasil foi condenado internacionalmente, impondo o pagamento de uma indenização de vinte mil dólares em favor de Maria da Penha e responsabilizando o Estado por negligência e omissão em face da violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas.

Graças à coragem de Maria de Penha foi possível a elaboração da Lei n° 11.340/2006⁵², e chamá-la por seu nome é um ato simbólico de reconhecimento de todo um histórico de violência sofrido pelas mulheres brasileiras e de toda a sua luta por justiça. Pela primeira vez a voz escutada para o trato da violência doméstica foi a feminina, mesmo que essa voz tenha lutado por mais de vinte anos para ser ouvida, mas muitas outras vozes ainda precisam ser ouvidas.

Dias⁵³, declara:

Durante boa parte da história, o patriarcado foi incontestavelmente aceito por ambos os sexos. (...) Ao homem sempre coube o e espaço público. A mulher foi confinada nos limites da família e do lar, o que ensejou a formação de dois mundos: um de dominação, externo e produtor. Outro de submissão, interno e reprodutor. Ambos os universos, ativo e passivo, criaram polos de dominação e submissão.

A Lei Maria da Penha foi e é necessária na medida em que ainda hoje há uma situação de vulnerabilidade do gênero feminino nas relações interpessoais. Isso ocorre em razão de uma opressão histórica que descaracterizou a mulher como pessoa, colocando-a na posição de um objeto que pertenceria a um homem, geralmente seu pai ou marido. Em razão disso, ela foi ensinada a ser submissa, passiva e teve sua voz e sua sexualidade reprimida, especialmente desde a Idade Média.

Dessa forma, é necessário devolver essa voz e essa sexualidade a ela, e o Direito, que é um espelho da mentalidade social de sua época, mas também um importante instrumento de mudança, tem um papel fundamental nisso.

Entretanto, na época atual, como a história de Maria da Penha demonstra, por mais que muitos direitos já tenham sido conquistados pelas mulheres, como direito ao voto, ao trabalho, ao divórcio, dentre outros, a violência contra a mulher ainda é comum. Isso se deve principalmente em função do gênero feminino ainda ser visto de forma inferior ao masculino.

Assim, foi necessária uma legislação que reconhecesse essa realidade, protegesse essas mulheres e fornecesse meios que tornassem possível uma mudança dessa mentalidade e essa norma é a Lei n° 11.340/2006⁵⁴.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 48.

⁵³ DIAS, op. cit., p. 25.

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 48.

Logo quando foi promulgada, questionou-se sua constitucionalidade sob o argumento de ser discriminatória com o homem, o que deu ensejo à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19⁵⁵. Em tal ação, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a constitucionalidade da referida norma e o Ministro Marco Aurélio, relator da mencionada ADC, teceu os seguintes comentários:

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.

Pela Lei nº 11.340/2006⁵⁶, violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, que tenha como fator determinante o fato de a vítima ser do gênero feminino, nos termos de art. 5º.

Dias⁵⁷ defende que o artigo 5º é insuficiente para conceituar violência doméstica e dessa forma deve ser interpretado em conjunto com o artigo 7º da mesma lei para chegar-se em um conceito adequado, que seria: as ações que colocadas no artigo 7º, que englobam violência física, psicológica, sexual, patrimonial, ou moral, quando realizadas contra a mulher em razão de vínculo de natureza afetiva ou familiar.

É importante ressaltar que a lei protege o gênero feminino, o que está relacionado com um aspecto social do que é ser mulher, e não com o sexo biológico. Sobre isso, Nicolitt⁵⁸, explica:

Enquanto o sexo, que pode ser masculino ou feminino, é um conceito biológico, o gênero, também feminino e masculino, é um conceito sociológico independente do sexo. A referida lei não protege apenas o sexo feminino, mas o gênero feminino. O gênero refere-se ao papel social (feminino ou masculino) assumido pela pessoa, sendo assim um aspecto cultural e não anatômico.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 07 mai. de 2017.

⁵⁶ BRASIL. op. cit., nota 48.

⁵⁷ DIAS, op. cit., p. 49.

⁵⁸ NICOLITT, André. *Lei Maria da Penha, crimes sexuais e a proteção da mulher na infância e na juventude*. Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/lei-maria-da-penha-crimes-sexuais-e-a-protecao-da-mulher-na-infancia-e-juventude/>>. Acesso em 07 mai. 2017.

Ademais, tal lei por trazer conceitos muito claros sobre o que é violência doméstica, nos termos de seu art. 5º, estabeleceu limites ao comportamento dentro do ambiente doméstico, remodelando os contornos do que é aceito juridicamente e até socialmente nas relações interpessoais no âmbito do ambiente doméstico, familiar e dentro de uma relação íntima de afeto.

Uma vez que resguarda a violência de gênero, a Lei Maria da Penha também tem aplicação aos casos de violência de cunho sexual praticados em ambiente doméstico, familiar ou em relações íntimas de afeto, dentre elas o estupro, como é colocado de forma expressa no art. 7º, III.

Quanto a isso, destaca-se que, de acordo com o Dossiê Mulher 2017⁵⁹, 66.6% dos estupros cometidos contra mulheres tiveram como local do fato sua residência.

Outrossim, ao referir-se diretamente a possibilidade de violência sexual dentro de uma relação conjugal, coloca um ponto final definitivo em uma discussão doutrinária que dividiu penalistas por muitos anos: sim, é possível estupro dentro de uma relação conjugal⁶⁰, inclusive 8,9% deles foram cometidos por companheiros ou ex-companheiros⁶¹. Tal discussão será melhor analisada no Capítulo 3, item 3.1, desse trabalho.

Mello⁶², sobre violência sexual, ainda acrescenta:

não se resume ao estupro claro e consumado, e às lesões e à morte que não raro o acompanham, mas se esconde em detalhes cotidianos. (...) Ou então quando muitas de nós sentem-se culpadas por violências sexuais praticadas contra elas, ou não se sentem legitimadas para tomar suas próprias escolhas sobre se corpo diante da pressão dos homens. Por conta disso, muitas situações que, tecnicamente, configurariam estupro, são tratadas com naturalidade. Porque, no senso comum, a ideia de consentimento é frequentemente invadida por uma série de fatores de cunho ideológico que a distorcem.

Fator importante e inovador da legislação em comento é a previsão das medidas protetivas de urgência. Tais instrumentos permitem um amparo efetivo a essa mulher vítima de violência, possibilitando meios que a retirem de uma situação passiva, facilitando sua tomada de decisões e permitindo que ela desvencilhe da situação de agressão.

⁵⁹ INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 18.

⁶⁰ Nelson Hungria defendia que não poderia o marido ser considerado réu de estupro, quando mediante violência, constringesse a esposa à relação sexual, em razão do chamado débito conjugal previsto no Código Civil (tanto no art. 231, II, do revogado Código Civil de 1916, quanto no atual art. 1566, II), podendo o marido até mesmo ser violento, por ser lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito

⁶¹ INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 18.

⁶² MELLO, op. cit., p. 1.

Portanto, a partir desse momento, a mulher recebeu da lei uma voz ativa, um protagonismo no seu próprio tratamento jurídico. Finalmente, a lei deu a devida importância ao gênero feminino, fortalecendo-o e afirmando sua condição de ser humano digno.

Assim, percebe-se que a Lei Maria da Penha trouxe para o ordenamento jurídico uma valorização da mulher, o que certamente caracteriza uma mudança de valores no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante desse contexto de reconhecimento da importância do tratamento equitativo entre os gêneros, desponta a Lei nº 12.015/2009⁶³.

1.4. A nova redação do art. 213 do Código Penal dada pela Lei nº 12.015/09

Com a publicação da Lei nº 12.015/2009⁶⁴, o Título VI do Código Penal passou a se chamar “Dos crimes contra a dignidade sexual”, e não mais “ Dos crimes contra os costumes”. Finalmente demonstra-se uma preocupação com a vítima como ser humano portador de direitos e sentimentos íntimos e não como uma mera peça social.

Essa denominação é relevante, pois, representa a “alma” dos artigos situados no Título supracitado. Nessa linha de pensamento, Greco⁶⁵ afirma:

O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois que, através de uma interpretação sistêmica, que leva em consideração a situação topográfica do artigo, ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, se pode concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, de forma mais segura o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas. A título de exemplo, veja-se o que ocorre com o crime de estupro, que se encontra no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se percebe, a finalidade do tipo penal é a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual (Título VI).

Tal mudança veio como uma resposta a inúmeras reivindicações dos doutrinadores que sustentavam que os crimes elencados no Título 6 não atentavam contra a moralidade pública,

⁶³ BRASIL. *Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ GRECO, Rogério. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>>. Acesso em: 07 mai. 2017

mas contra a dignidade e liberdade sexual de suas vítimas.⁶⁶ Sobre essa modificação Nucci⁶⁷ afirma:

A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação dos apregoados *costumes*, de modo que o Código Penal estava a merecer de uma autêntica reforma nesse contexto. O que o Legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, possam ser imorais ou inadequados. Foi-se o tempo que a mulher era vista como símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autêntico objeto sexual do homem.

Portanto, o legislador ao mudar o nome desse Título, passou a harmonizá-lo com a Constituição Federal⁶⁸ que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, art. 1º, III.

Mirabete e Fabbrini⁶⁹, ao se referirem a essa nova denominação dada ao Título 6, afirmam:

Assim, ao tutelar a dignidade sexual, protege-se um dos vários aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana, aquele que se relaciona com o sadio desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada indivíduo de vivenciá-la a salvo de todas as formas de corrupção, violência e exploração.

A dignidade sexual pode ser considerada, portanto, como a faceta do princípio da dignidade humana que protege um dos principais atributos do ser humano, sua sexualidade, que resguarda seu direito de escolha de quando, onde, como, com quem ou de que forma deseje relacionar-se sexualmente com alguém.

Santos⁷⁰ traz a lume um importante ponto acerca do tema: “Deve-se ter atenção para não relacionar dignidade sexual com os “bons costumes sexuais”. Esse bem jurídico não pode ser analisado sob a ótica de critérios moralistas, conservadores e religiosos, tendo em vista a laicidade do Estado.”.

⁶⁶ MERLO, Ana Karina França. *Dos crimes contra os costumes à evolução dos crimes contra a dignidade sexual*- As repercussões práticas da Lei 12.015/09 no Título VI do Código Penal. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index?n_revista_artigos_leitura&artigo_id=6855>. Acesso em: 28 ago. 2017.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 13 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 960.

⁶⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

⁶⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. v. 2. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 402.

⁷⁰ SANTOS, Susana Braz Silveira. *A mulher como vítima no delito de estupro*. 2017. 114 f. Trabalho monográfico (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Outras mudanças foram introduzidas por essa lei⁷¹, por exemplo, uma nova redação para o crime de estupro, que passou ser:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

A redação anterior deste artigo era: “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:”⁷². Portanto, no decorrer dos anos, a letra da lei mudou de forma a incluir no polo passivo do crime, também o sexo masculino, além do feminino que já estava tutelado, e no polo ativo, o feminino. Ademais, passou a constar no tipo penal não só a conjunção carnal, entendida pela doutrina clássica como cópula vaginal⁷³, mas, ainda, qualquer ato libidinoso, entendido esse como qualquer ato de natureza sexual, que não a conjunção carnal.⁷⁴

Isso gera uma relevante consequência prática. O Código Penal brasileiro⁷⁵ prevê em seu art. 128, duas exceções permissivas ao abortamento, dentre elas o aborto sentimental, que é aquele decorrente de gravidez fruto de estupro, desde com o consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal. Desse modo, passou a ser possível essa espécie de abortamento caso tenha sido a gravidez resultante de atos libidinosos diferentes da conjunção carnal.⁷⁶ Respeita-se, assim, de forma mais contundente, o direito da mulher sobre o seu próprio corpo e destino.

Sob outro aspecto, a Lei nº 12.015/2009⁷⁷ revogou o crime de “Atentado violento ao pudor”, que estava previsto no artigo 214 do Código Penal da seguinte forma: “Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:”.

Ao modificar o tipo penal do crime de estupro, tirando a restrição de que somente o sexo feminino poderia figurar no polo passivo e incluindo outros atos sexuais, o legislador, em 2009, englobou no estupro o que antes era considerado atentado violento ao pudor, igualando as ações, sendo agora o estupro um crime comum com um tipo misto alternativo, na visão de

⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 63.

⁷² Id., op. cit., nota 29.

⁷³ BUSSADA, Wilson. *Código Penal Brasileiro*. v. 3. P. Especial. São Paulo: Guaíra Limitada. 1949. p.1472; JESUS, Damásio E. *Código Penal Anotado*, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.740.

⁷⁴ Isso representa uma mudança de paradigmas, uma vez que é retirado do ordenamento jurídico uma visão falocêntrica de sexo.

⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁷⁶ MERLO, op. cit.

⁷⁷ BRASIL, op. cit., nota 63.

Nucci⁷⁸ e de Greco⁷⁹. É importante deixar claro que não houve revogação do art. 214 do Código Penal como forma de *abolitio criminis*, houve apenas uma *novatio legis*, que provocou a integração dos delitos em uma única figura punitiva, ou seja, não obstante a revogação formal do referido crime, vale dizer que em razão da incidência do princípio da continuidade normativo-típica, as ações previstas neste artigo, migraram para o anterior.

Até as modificações trazidas pela lei em tela, em razão do atentado violento ao pudor e do estupro serem tratados como crimes diversos, era prevista uma diferença entre homens e mulheres e entre conjunção carnal e outros atos libidinosos, o que não tem justificativa plausível, uma vez que os danos psicológicos e e até físicos existem em ambos. Cabe ressaltar que, por mais que a maioria dos estupros sejam cometidos contra mulheres, existem alguns que são praticados contra homens e esses não eram tratados pela lei de forma apropriada.

Outrossim, é importante ressaltar que nem todas as mulheres têm vagina, afinal não é isso que define o que é ser mulher, como será melhor exposto no próximo capítulo. Existem, por exemplo, pessoas transgêneras, ou transexuais, ou simplesmente trans, que são aquelas que não se identificam com o sexo que lhe foi atribuído quando do seu nascimento, quanto a essas, Jesus⁸⁰ afirma:

Historicamente, a população transgênero ou trans é estigmatizada, marginalizada e perseguida, devido à crença na sua anormalidade, decorrente da crença de que o “natural” é que o gênero atribuído ao nascimento seja aquele com o qual as pessoas se identificam e, portanto, espera-se que elas se comportem de acordo com o que se julga ser o “adequado” para esse ou aquele gênero.

Portanto, ao ampliar o rol de sujeitos passivos e de ações caracterizadas como estupro, a lei se despiu de estereótipos e preconceitos para abarcar em sua proteção um maior número de indivíduos, inclusive alguns que foram marginalizados em toda a história, como os transexuais.

Outro ponto a ser comentado é que ao colocar a possibilidade da mulher ser sujeito ativo do crime em comento, finalmente retirou-se do ordenamento uma visão angelical, pura, passiva e romantizada do gênero feminino.

Percebe-se uma quebra de paradigmas com as mencionadas mudanças no art. 213, do Código Penal, ao igualar homens e mulheres, conjunção carnal e atos libidinosos, no mesmo tipo, o que reafirma o compromisso desse Título de proteger a dignidade sexual e não a

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*- Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.18-19.

⁷⁹ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 677-678.

⁸⁰ JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*- Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. Disponível em: <http://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_IDENTIDADE_DE_G%C3%8A_NERO__CONCEITOS_E_TERMOS_-_2%C2%AA_Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2017.

moralidade social. Ademais, nota-se um passo grande rumo ao tratamento isonômico dos gêneros.

2.AS DIVERSAS FACETAS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Este capítulo objetiva delinear o princípio da igualdade, contextualizando-o e apresentando suas principais nuances e visões. Será ainda abordada a diferença entre igualdade formal e material, seu período e forma de surgimento.

Outrossim, será analisado como esse princípio aparece e se desenvolve no Brasil, levando em consideração sua positivação para indagar se houve verdadeira realização fática na sociedade ou não.

Ademais, buscar-se-á conceituar o que é feminismo, suas origens históricas e principais fases para demonstrar a importância de um Teoria Feminista do Direito como instrumento de efetivação do princípio em tela em sua noção substancial no tocante às questões de gênero.

2.1. Igualdade formal e material: uma origem não linear

A igualdade é fundamental à democracia⁸¹ e conseqüentemente ao Estado Democrático de Direito, razão pela qual se retorna à Grécia Antiga na busca de suas origens históricas. Aristóteles associava a ideia de igualdade a de justiça, “trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o seu”⁸². É interessante citar este trecho de sua obra “Ética a Nicômaco”⁸³:

A justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas.

⁸¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 213.

⁸² *Ibid.*, p. 215.

⁸³ ARISTÓTELES, apud MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. *A evolução do princípio da igualdade e sua aplicação sob a ótica material na Constituição Federal*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/20924/a-evolucao-do-principio-da-igualdade-e-sua-aplicacao-sob-a-otica-material-na-constituicao-federal> >. Acesso em: 20 jun. 2017.

Percebe-se, portanto, que o referido filósofo já sustentava uma noção de igualdade proporcional que originou o conceito de igualdade material o qual, conforme sustentado por Martinez⁸⁴, constitui-se em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade. Faz-se mister notar que a concepção de igualdade material, mesmo que de forma embrionária, surgiu antes da formal, o que transparece uma quebra de paradigmas em relação ao senso comum sobre o tema.

Em Roma, com a Lei das XII Tábuas, em sua nona tábua, pela primeira vez aparece em um ordenamento jurídico alguma referência ao princípio da igualdade da seguinte forma: “Que não se estabeleçam privilégios em leis”.⁸⁵

Gomes^{86 87} afirma que a igualdade, como princípio jurídico-filosófico, foi cultivada e disseminada a partir das revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, especialmente a francesa e a americana. Além disso, foi criada com o objetivo específico de abolir privilégios característicos do Antigo Regime e acabar com as distinções e discriminações que tinham por base a posição social. Entretanto tratava-se de uma igualdade jurídica, meramente formal, ou seja, a lei deve ser igual para todos, sem diferenciações de qualquer espécie.

Nesse período de surgimento do constitucionalismo moderno, Martinez⁸⁸ enfatiza que foram firmadas “declarações de direitos fundamentais do homem, limitando o poder estatal, inspirados na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis inerentes aos seres humanos”. Em um primeiro momento surgiu a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12 de junho de 1776, que em seu parágrafo 1º reconhece a igualdade entre todos os seres humanos da seguinte forma⁸⁹:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

Logo após, em 04 de julho de 1776, surgiu a Declaração de Independência dos Estados Unidos, concebida por Thomas Jefferson. Tal documento teve enorme repercussão e

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ D'OLIVEIRA, Maria Cristina Barreiros. *Breve Análise do Princípio da Isonomia*. Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2017.

⁸⁶ Joaquim Benedito Barbosa Gomes foi ministro do Supremo Tribunal Federal durante o período de 2003-2014, tendo sido a primeira pessoa negra a exercer a função. É mestre e doutor em Direito Público pela Universidade de Paris-II (Panthéon-Assas). Em 2013, foi eleito pela Revista Time como uma das cem pessoas mais influentes do mundo.

⁸⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-3.

⁸⁸ MARTINEZ, op. cit., nota 57.

⁸⁹ Ibid.

representou o ato inaugural da democracia moderna, uma vez que combinava a legitimidade da soberania popular com o respeito aos direitos humanos⁹⁰. Essa declaração tratava a igualdade nos seguintes termos: “Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

Essa ideia foi reafirmada pela Revolução Francesa, como é possível se verificar no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabeleceu que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”⁹¹.

No entanto, apenas a constitucionalização do princípio em estudo não foi suficiente para garanti-lo e universalizá-lo, sendo assim, foi necessário que fosse introduzido em outros ramos do direito, como o internacional público. Assim, como coloca Martinez⁹², em 10 de dezembro de 1948, com o fim de fomentar grandes transformações sociais, é promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que leva seus preceitos a inúmeros países. Importante destacar na Declaração o art. 7º, que diz: “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Para Piovesan⁹³, essa primeira fase de proteção dos direitos humanos, baseada na igualdade formal, que tem como marca a tônica da proteção geral e abstrata, pode ser compreendida pelo temor à diferença. Isso ocorria porque, historicamente, a diversidade era encarada como elemento para aniquilar direitos. Nas palavras da referida autora⁹⁴:

a diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância.

Ao tratar do princípio da igualdade formal, Cunha Júnior⁹⁵ afirma que esse abrange a igualdade na lei e a igualdade perante a lei. A primeira tem por destinatário o legislador na medida em que o proíbe de incluir na lei fatores de discriminação. Por vez, a segunda dirige-

⁹⁰ MARTINEZ, op. cit., nota 57.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

⁹³ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel (coord); IKAWA, Daniela (coord); PIOVESAN, Flávia (Coord). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

⁹⁴ Ibid., p. 48.

⁹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Bahia: Juspodivim, 2015, p. 552.

se aos aplicadores da lei e diz que se deve aplicar igualmente a lei, mesmo que crie uma desigualdade.

Gomes⁹⁶, de forma precisa, explica que essa igualdade, abstrata por natureza, foi levada a extremos por força da premissa da neutralidade estatal, sendo identificado por muito tempo como garantia da concretização da liberdade. Todavia, a experiência demonstrou que, da forma em que foi construída, a igualdade jurídica não passava de mera ficção.

Nessa linha de pensamento, Rocha^{97 98} propõe a seguinte questão:

Se se indagar quais os sistemas constitucionais positivados e em vigor no mundo, tomando-se apenas desde o período que se seguiu à 2ª Guerra Mundial, nos quais o princípio da igualdade é formalizado como direito fundamental, não há dúvida de que a resposta abrangerá todas as Constituições (inclusive aquelas que são apenas nominais). Todavia, se se questionar, paralelamente, em quais Estados o princípio da igualdade é promovido (e não, em seu nome, tão-somente se concebe a desigualdade como comportamento antijurídico) segundo o sistema jurídico adotado e qual a extensão de sua eficácia, em todos eles haverá de se constatar que a resposta será oposta àquela oferecida à primeira indagação posta.

Dessa forma, percebe-se que em termos práticos tal princípio não trouxe reais mudanças sociais, não garantia um tratamento igualitário das pessoas, pois não respeitava suas diferenças. Logo, era ineficaz, conforme sustentado pela autora⁹⁹ nos seguintes moldes:

Por essa constatação histórica irrefutável é que, desde a década de 60, especialmente, começou a se fazer patente aos que tinham olhos com que ver claro que o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha sendo até então cuidado. Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

Em razão do disposto, constatou-se que a mera igualdade formal não era o suficiente, razão pela qual era necessário um novo modelo, maior, mais amplo e efetivo. Assim, resgatando os ensinamentos de Aristóteles, coube a doutrina realizar um princípio maior da

⁹⁶ GOMES, op. cit., p. 3.

⁹⁷ Cármen Lúcia Antunes Rocha é ministra e atual presidente do Supremo Tribunal Federal. Foi a primeira mulher a exercer a presidência do Tribunal Superior Eleitoral. Desde 1983 é professora titular de direito constitucional na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e coordenadora do Núcleo de Direito Constitucional.

⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. v. 131. p. 284.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 284.

igualdade, “alargando na terminologia do princípio o que não se continha em seu conteúdo e nas normas jurídicas que lhe fixavam o conteúdo e a forma de aplicação”¹⁰⁰.

Inicia-se, desse modo, a concepção de uma igualdade ou isonomia¹⁰¹ material ou substancial, ou, que se distancia do formalismo e da abstração do conceito anterior¹⁰², para se aproximar realidade, das desigualdades concretas existentes no social, “devendo as situações desiguais serem tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade”.¹⁰³

Sobre esse novo conceito de igualdade, Gomes¹⁰⁴ ressalta:

Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte dos aplicadores da norma jurídica à variedade das situações individuais, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

Em função do choque entre essas visões tão diferentes de igualdade, surge a ideia de igualdade de oportunidades, que justifica uma série de experimentos constitucionais baseados na imprescindibilidade de se extinguir ou pelo menos diminuir o peso das desigualdades econômicas e sociais e, por conseguinte, de promover a justiça social.¹⁰⁵ São eles chamados de ações afirmativas.

Piovesan¹⁰⁶ destaca o surgimento de uma nova visão sobre o próprio ser humano, que considera sua singularidade, ao afirmar:

do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérico e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorias relativas a gênero, idade, etnia, raça, etc.

Nessa conjuntura, certos sujeitos de direitos, ou certas violações de direitos necessitam de uma resposta determinada e diferenciada. Nessa linha de pensamento, as mulheres, as

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Alguns autores diferenciam igualdade e isonomia, como Nelson Nery Junior, sendo igualdade entendida como a meramente formal, perante a lei e isonomia como a material, substancial, consubstanciada no brocardo “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades”. Já outros, como José Afonso da Silva, consideram tal distinção desnecessária. Há ainda aqueles que entendem ser a isonomia uma das faces do princípio da igualdade, como por exemplo Alexandre de Moraes. Dessa forma, de forma a deixar o texto mais claro, o presente trabalho utilizará o termo isonomia como sinônimo de igualdade, seguindo José Afonso da Silva.

¹⁰² GOMES, op. cit., p. 4.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid., p.5.

crianças, os negros, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outros grupos vulneráveis, devem ser vistos nas particularidades de sua condição social, surgindo assim, ao lado do direito à igualdade, o também direito fundamental à diferença¹⁰⁷. Tal direito ocupa-se do respeito e da valorização da diferença e da diversidade, como fator enriquecedor de uma sociedade, lhes assegurando tratamento especial de modo a não permitir qualquer diminuição em sua dignidade.

Dessa forma, destacam-se, para a mencionada autora¹⁰⁸, três vertentes no que toca ao conceito de isonomia:

a) igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia, e demais critérios).

Outrossim, é possível inferir que, se para a visão formal de igualdade essa é tomada como um ponto de partida abstrato, para visão material essa é entendida como fim que se pretende alcançar tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Assim, é essencial distinguir diferença e desigualdade¹⁰⁹.

Percebe-se, portanto, que o princípio da igualdade deve estar na lei, mas jamais estar restrito a ela, uma vez que deve ser socialmente eficaz. Deve ser amplo, abrangente, todavia nunca genérico sob pena de aniquilar o direito dos diferentes.

Mello¹¹⁰ afirma que o princípio em comento tem dois objetivos: de um lado proporcionar uma garantia individual contra perseguições e, de outro impedir favoritismos. Desse modo, ele¹¹¹ elenca elementos essenciais que uma discriminação legal deve conter para ser compatível com a isonomia, que são:

a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
 b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
 c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
 d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de

¹⁰⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 49.

¹⁰⁸ Ibid., p. 49.

¹⁰⁹ Ibid., p. 50.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21-23.

¹¹¹ Ibid., p. 41.

tratamento jurídico fundada em razão valiosa- ao lume do texto constitucional- para o bem público.

Por conseguinte, algumas diferenciações legais são cabíveis e até mesmo necessárias para que se possa atingir uma igualdade substancial, tendo em vista as diferenças de gênero, de raça, de religião, de orientação sexual e até mesmo de idade entre as pessoas que compõem uma sociedade. Caso contrário, a isonomia não passará de uma letra morta constitucionalmente prevista.

Por fim, cabe citar a importante lição de Boaventura de Souza Santos¹¹² que diz

temos direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma iguadade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Após a análise dessa evolução histórica e teórica em uma perspectiva global do princípio da isonomia, é necessário seu exame em uma perspectiva nacional para propiciar melhor entendimento do presente objeto de estudo.

2.2. A evolução da isonomia no contexto brasileiro

O princípio em análise está presente no constitucionalismo brasileiro desde da sua gênese. Mesmo na Carta de 1824¹¹³ já havia a previsão de um tipo formal de igualdade ao prever em seu art. 179, XIII: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”.

Pode-se inclusive captar nesse fragmento, bem como no item XIV do mesmo artigo que diz que todo cidadão poderá ser admitido nos cargos públicos “sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes”¹¹⁴, uma relação com o atualmente tão criticado conceito de meritocracia¹¹⁵. Tais críticas devem-se, principalmente, ao fato dela ignorar a existência

¹¹² SANTOS apud PIOVESAN, op. cit., p. 50.

¹¹³ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 04 jul. de 2017.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Livia Barbosa, seu livro *Igualdade e Meritocracia: A Ética do Desempenho nas Sociedades Modernas*, 4ª ed, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p.22, define meritocracia “no nível ideológico, como um conjunto de valores que postula que as posições dos indivíduos da sociedade devem ser consequência do mérito de cada um. Ou seja, do reconhecimento público da qualidade das realizações individuais.”

de todo e qualquer tipo de privilégios, fomentando as desigualdades sociais, raciais e de gênero¹¹⁶.

Além disso, há outros trechos, nesse mesmo artigo, em que a igualdade aparece, como o que prevê a abolição dos privilégios “que não forem essencial e inteiramente ligados ao cargo por utilidade pública” ou que declara a igualdade na distribuição de justiça, com o desaparecimento de “foro privilegiado”¹¹⁷.

Entretanto, não se pode falar que a igualdade foi realmente acolhida nessa Constituição, nem mesmo em sua acepção formal, uma vez que nessa Carta¹¹⁸ tal princípio coexistia com a escravidão, com a admissão dos privilégios reais e os direitos políticos fundados em critério de renda e de gênero.

Com o fim da monarquia e o advento da república veio a Constituição de 1891. Tal norma afirmou o princípio da isonomia, em sua vertente formal, em seu art. 72, § 2º, ao dispor que “Todos são iguais perante a lei”¹¹⁹.

Ademais, alguns avanços podem ser percebidos, como o fim da escravidão, da discriminação político-eleitoral com base na capacidade econômica do cidadão e dos privilégios de nascimento, foros de nobreza, ordens honoríficas e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho¹²⁰. Todavia, na prática, esses privilégios ainda existiam. Por outro lado, a Carta em tela equiparou os estrangeiros residentes no Brasil aos brasileiros em relação aos direitos de liberdade, segurança individual e propriedade, nos termos de seu art. 72, caput.¹²¹

Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição que mantinha a igualdade formal, entretanto, sob a influência da Constituição de Weimer (1919)¹²², rompeu com a mentalidade liberal que permeava as anteriores, instituindo um embrionário Estado de Bem-estar social.

¹¹⁶ Sidney Chalhoub, historiador da UNICAMP e de Harvard, ensina “A meritocracia como valor universal, fora das condições sociais e históricas que marcam a sociedade brasileira, é um mito que serve à reprodução eterna das desigualdades sociais e raciais que caracterizam a nossa sociedade. Portanto, a meritocracia é um mito que precisa ser combatido tanto na teoria quanto na prática. Não existe nada que justifique essa meritocracia darwinista, que é a lei da sobrevivência do mais forte e que promove constantemente a exclusão de setores da sociedade brasileira. Isso não pode continuar”. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/06/07/meritocracia-e-um-mito-que-alimenta-desigualdades-diz-sidney-chalhoub>>. Acesso em 11 de jul. 2017.

¹¹⁷ BRASIL, op.cit., nota 113.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 05 jul. de 2017.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.

¹²² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 133.

Nesse momento, surge um novo elemento que deslegitima as diferenças por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas, ou seja, admite que existem fatores tradicionalmente desencadeadoras de desigualdade e formalmente os recrimina.¹²³ Tal elemento é o seu art. 113, item 1¹²⁴, que tem o seguinte texto “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.”

Nesse sentido, é possível perceber uma tentativa de ultrapassar a mera igualdade perante a lei para alcançar uma isonomia substancial na medida em que o texto constitucional passa a reconhecer a existência de diferentes grupos sociais. Portanto, mesmo sendo algo ainda muito rudimentar, constata-se um progresso em relação às Cartas anteriores.

Entretanto, em 10 de novembro de 1937, o presidente Getúlio Vargas instituiu a ditadura do Estado Novo¹²⁵ e outorgou uma nova Constituição¹²⁶. Essa foi influenciada por ideais autoritários e fascistas, tendo sido apelidada de “Polaca”, em função da influência exercida pela Constituição polonesa fascista de 1935.¹²⁷

Contudo, por mais que a igualdade perante a lei continuasse no texto constitucional, em seu art. 122, ítem 1¹²⁸, o elemento transformador supracitado foi excluído da letra constitucional, realizando-se verdadeiro retrocesso. Apesar disso, pode ser destacado, nesse ano, o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual proibiu a diferenciação nos rendimentos com base no sexo, nacionalidade ou idade.¹²⁹

Com a derrota da Alemanha na 2ª Guerra Mundial, Vargas perdeu força, o que acarretou o fim do Estado Novo. Em 1946 foi promulgada uma nova Constituição¹³⁰ que repudiava o Estado totalitário que vigia. Trata-se da redemocratização do país, que se inspirou nas ideias liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais da de 1934, em uma tentativa de harmonizar o princípio da livre-iniciativa com o da justiça social.¹³¹

¹²³ MACIEL, Alvaro dos Santos. *A evolução histórica do princípio da igualdade jurídica e o desenvolvimento nas constituições brasileiras*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8343>. Acesso em 05 jul. de 2017

¹²⁴ BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 11 jul. de 2017.

¹²⁵ LENZA, op. cit., p. 36.

¹²⁶ BRASIL, op. cit., nota 124.

¹²⁷ LENZA, op. cit., p. 136.

¹²⁸ BRASIL, op. cit., nota 124.

¹²⁹ MACIEL, op. cit.

¹³⁰ BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 11 jul. de 2017.

¹³¹ LENZA, op. cit. p. 140.

Essa Carta consolidou o princípio da igualdade¹³² e como inovação trouxe a vedação de preconceitos de raça ou classe, nos termos de seu art. 144, § 5º.¹³³ Constata-se, assim, uma certa preocupação em não perpetuar essas discriminações tão danosas para os indivíduos que as sofrem e para a sociedade.

Outrossim, em seu art. 147, caput¹³⁴, prevê que a lei poderá “promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. Percebe-se que pela primeira vez a isonomia e a justiça são relacionadas com igualdade de oportunidades. Dessa forma, a busca pela igualdade volta a ganhar importância.

No ano de 1964 ocorreu o Golpe Militar, ocasião em que foi instituído o Ato Institucional nº 1, que cerceou liberdades e iniciou a Ditadura Militar. Nesse contexto, surgiu a Constituição de 1967.¹³⁵

Tendo em vista o panorama político autoritário em que foi promulgada¹³⁶, é surpreendente o fato de prever o princípio em estudo em seu corpo, tal fato, para Machado e Sparemberger¹³⁷, acaba:

corroborando ainda mais com a tese de que a igualdade formal em si não representa nenhum avanço na busca pela efetivação da igualdade material, afinal, tratou-se do período, na história recente do país, em que a igualdade, em sua acepção mais simples (a da igualdade no direito de ter ideias/posições) fora completamente suprimida pelo poder vigente.

Além disso, de modo que deixa ainda mais abissal a diferença entre texto e realidade, o art. 150, § 1º, da mencionada Constituição¹³⁸, tinha o seguinte texto: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.”

Desse modo, constata-se que, pela primeira vez no Brasil, houve a constitucionalização da punição do preconceito de raça.¹³⁹ Pouco tempo após, o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Racismo, ao

¹³² MACIEL, op. cit.

¹³³ BRASIL, op. cit., nota 130.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Id., *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 11 jul. de 2017

¹³⁶ Para Pedro Lenza tal Constituição foi outorgada unilateralmente, apesar de formalmente votada, aprovada e “promulgada”, já para Raquel Fabiana Lopes Sparemberge ela foi semi-outorgada, pois o Congresso a entregou por pressão do Executivo. A autora ainda ressalta que por esse motivo “resta nítido que não se trata de uma carta que priorize e busque a aplicação da igualdade”.

¹³⁷ MACHADO, Eduardo Heldt; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Princípio da Igualdade: Evolução na Filosofia Jurídica e nas Constituições Brasileiras*. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5183/Princ%C3%ADpio%20da%20igualdade.pdf?sequence=1>>. Acesso em 11 jul. de 2017

¹³⁸ BRASIL, op. cit., nota 135.

¹³⁹ MACIEL, op. cit.

dizer que "não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais". Assim admite-se a necessidade e a validade de ações para o progresso de determinados grupos.¹⁴⁰

Por outro lado, a Emenda Constitucional nº 1/69¹⁴¹ é considerada pela doutrina como “uma manifestação do poder constituinte originário, outorgando uma nova Carta, que constitucionalizava a utilização dos Atos Institucionais”.¹⁴² Em relação aos princípios em comento, o texto constitucional não trouxe mudanças significativas. Entretanto, sabe-se que essa Emenda Constitucional foi crucial para o fortalecimento do regime ditatorial instalado, arrancando ainda mais as liberdades individuais.

Depois de um longo período de Ditadura Militar, chega-se, finalmente, a tão desejada Constituição de 1988¹⁴³, denominada por Ulysses Guimarães de “Constituição Cidadã”. Tal Carta “inovou desde o seu preâmbulo ao eleger a igualdade como valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos”.¹⁴⁴ Ressalta-se que apesar de o preâmbulo não possuir valor normativo, poderá ser usado como fonte de interpretação das normas constitucionais, uma vez que nele estão colocadas as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição. Portanto, nesse momento, a isonomia deixa de ser só um princípio e passa a ser também uma fonte de interpretação para todo o conteúdo constitucional.

Outrossim, é necessário apontar o princípio da dignidade da pessoa humana, constante do art. 1º, III, da Lei Maior¹⁴⁵, que deverá nortear a interpretação de todo o ordenamento jurídico. Assim, a igualdade deve ser observada com o fim de concretizar a dignidade da pessoa humana.¹⁴⁶ Martinez¹⁴⁷ diz que, para que isso aconteça, “alguns segmentos da sociedade necessitam de tratamento legislativo diferenciado, possibilitando aos seus membros o gozo de uma vida com dignidade ou o tratamento com dignidade diante de certas situações em razão de sua vulnerabilidade”.

O princípio em estudo também aparece no art. 3º da Carta Constitucional¹⁴⁸, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos seguintes termos: “I - construir

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ BRASIL, *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 14 jul. de 2017.

¹⁴² LENZA, op. cit., p. 146.

¹⁴³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 jul. de 2017.

¹⁴⁴ MACIEL, op. cit.

¹⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 143.

¹⁴⁶ MARTINEZ, op. cit., nota 57.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 143.

uma sociedade livre, justa e solidária; III - (...) reduzir as desigualdades sociais e regionais e; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Percebe-se, através da adoção dessas normas programáticas, que vinculam o legislador, que deverá redigir normas que proporcionem a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais¹⁴⁹, uma mudança de paradigma constitucional ao finalmente abraçar o conceito de igualdade material. Sobre isso, Moraes¹⁵⁰ faz a seguinte observação:

Os poderes públicos devem buscar os meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal, em respeito a um dos objetivos fundamentais da República: construção de uma sociedade justa.

Para adoção desse preceito deve existir uma política legislativa e administrativa que não pode contentar-se com a pura igualdade legal, adotando normas especiais tendentes a corrigir os efeitos díspares ocasionados pelo tratamento igual dos desiguais.

Além disso, a igualdade ainda aparece em outro momento, abrindo o Título “Dos direitos e garantias fundamentais” e o Capítulo “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, da seguinte forma no art. 5º, caput, da Constituição Federal¹⁵¹:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A isonomia prevista nesse trecho não deve ser entendida apenas em sua espécie formal, tendo em vista suas referências anteriores e o princípio da dignidade humana. Nessa linha de pensamento, Martinez destaca que: “não basta ao Estado se abster de discriminar, mas deve também atuar positivamente no sentido da redução das desigualdades e da inclusão social.”.

No decorrer do artigo supracitado ainda há a previsão de discriminação de alguns grupos vulneráveis, de modo a realizar a isonomia material, como consumidores, pessoas economicamente hipossuficientes.

Ademais, a igualdade também está presente, em sua forma substancial, no art. 7º, que trata dos direitos sociais, ao prever uma série de ações afirmativas que favorecem os

¹⁴⁹ MARTINEZ, op. cit., nota 57.

¹⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 65

¹⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 143.

trabalhadores urbanos e rurais, dentre elas a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.”¹⁵²

Por outro lado, está presente até mesmo em sua parte referente à ordem econômica como demonstra o art. 170. Nela a Constituição preocupa-se com a igualdade ao dispor, entre seus princípios, a redução das desigualdades regionais e sociais e colocar um “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.¹⁵³

Há ainda muitos outros artigos da Constituição que tratam da isonomia, especialmente da sua vertente material, mas, para os fins desse estudo, merece especial interesse os termos constantes do art. 3º, IV, do art. 5º, I e art. 226, parágrafo 8º, da Carta¹⁵⁴. O primeiro coloca como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo¹⁵⁵. Já o segundo diz que: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”¹⁵⁶. Enquanto o terceiro prevê que o Estado criará mecanismos para coibir a violência do âmbito das relações familiares.

Tendo isso em vista, far-se-á um paralelo entre o princípio da igualdade, especialmente a substancial e o feminismo, buscando-se demonstrar diferentes visões sobre o tema e a que será adotada no presente trabalho.

2.3. Feminismo, feminismos, gênero e igualdade: uma discussão necessária

O feminismo é um movimento moderno que luta pela emancipação das mulheres e que tem sua origem no contexto das ideias iluministas que influenciaram as Revoluções Francesa

¹⁵² Ibid..

¹⁵³ BRASIL, op. cit., nota 143.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Sexo deve ser entendido nesse trecho como gênero, em uma interpretação conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a incluir todos aqueles que se identifiquem com seu gênero biológico ou não.

¹⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 143.

(1789-1799) e Americana (1775-1781).¹⁵⁷ Nesse momento, reivindicava-se direitos sociais e políticos, especialmente o voto feminino.¹⁵⁸

Falar de feminismo é falar da mulher e falar da mulher é, para Teles¹⁵⁹:

em termos de aspiração e projeto, rebeldia e constante busca de transformação, falar de tudo o que envolva a condição feminina, não é só uma vontade de ver reabilitada nos planos econômico, social e cultural. É mais do que isso. É assumir a postura incômoda de se indignar com o fenômeno histórico em que metade da humanidade se viu milenarmente excluída nas diferentes sociedades no decorrer do tempo.

Ressalta-se que, nesse trabalho, não será feita uma distinção entre o que seria a teoria feminista- os estudos acadêmicos voltados às questões da mulher-, e o movimento feminista, que seria a prática.¹⁶⁰ Segue-se assim Ribeiro¹⁶¹ quando diz “a teoria é a minha prática. Uma deve existir para interagir dialeticamente com a outra em vez de se criar dicotomias estéreis. A teoria ajuda na prática e vice versa.”.

Do ponto de vista histórico, pode-se dividir o feminismo em três grandes fases ou ondas, como é mais usual, referindo-se à militância nos espaços literário, cultural e político.¹⁶² A primeira onda, conforme ensina Bonnici¹⁶³, refere-se ao período que vai desde as últimas décadas do século XIX, quando a luta pelos direitos humanos ganhou mais expressão, até as primeiras décadas do século XX, com o movimento sufragista. Teve como primeira e grande autora Mary Wollstonecraft.

Já a segunda onda teve início no período pós-guerra com a publicação em 1949 do clássico “O Segundo Sexo” de Simone de Beauvoir. Essa obra é um marco para o movimento feminista por debater a questão da mulher através de várias perspectivas: da biologia, da psicanálise, do materialismo histórico, objetivando demonstrar como a realidade feminina se constitui como o Outro e quais as consequências desse posicionamento.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Laís Paula Rodrigues de; CASSAB, Latif Antonia. *O movimento feminista: algumas considerações bibliográficas*. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT10_La%C3%ADs%20Paula%20Rodrigues%20de%20Oliveira%20e%20Latif%20Cassab.pdf>. Acesso em 18 jul. de 2017.

¹⁵⁸ A luta pelo voto feminino mobilizou mulheres de vários países, sendo tais mulheres consideradas as primeiras ativistas feministas, sendo chamadas e sufragistas. Curioso notar que a primeira nação a liberar o voto feminino em 1893 foi a Nova Zelândia, sendo Kate Sheppard a líder sufragista de lá. No Brasil, as mulheres só puderam votar em 1932.

¹⁵⁹ TELES apud RIBEIRO, Djamila. *As diversas ondas do feminismo acadêmico*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/escriptorio-feminista/feminismo-academico-9622.html>>. Acesso em 19 jul. de 2017.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² ZINANI, Cecil Jeanine Albert. *Crítica feminista: Uma contribuição para a história da literatura*. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Web/978-85-397-0198-8/Trabalhos/18.pdf>>. Acesso em 19 jul. de 2017.

¹⁶³ Ibid.

Quanto à terceira onda, ela teve início, de acordo com o mesmo autor¹⁶⁴, em torno de 1990 nos Estados Unidos em razão da necessidade de renovação do movimento, apresentando uma pauta de reivindicações mais ampla do que as da segunda onda, pois compreende “a teoria queer¹⁶⁵, a conscientização da negra, o pós-colonialismo, a teoria crítica, o transnacionalismo”¹⁶⁶. Além do mais, tal onda aponta também como aspecto importante a autoestima sexual, uma vez que a sexualidade é também uma forma de poder.¹⁶⁷ Uma de suas principais expoentes foi Judith Butler.

Desse modo, tendo em vista a existência dessas ondas feministas, optou-se nesse estudo por focar em escritoras que foram grandes marcos teóricos de cada fase do feminismo. Tal escolha não pretende menosprezar a contribuição de outras, foi feita apenas por uma questão didática em função da grande quantidade de autoras e do tema do presente trabalho.

A primeira obra feminista foi “Reivindicação dos Direitos das Mulheres” de Mary Wollstonecraft¹⁶⁸, livremente traduzida no Brasil por Nísia Floresta Brasileira Augusta que a denominou “Direitos das mulheres e injustiças dos homens”, em 1832.¹⁶⁹ Foi publicada em um tempo em que a “ideia aristotélica de que as mulheres não tinham alma ainda permeava a sociedade ocidental”¹⁷⁰, colocava como fonte dos problemas das mulheres a educação negligente oferecida a elas, que “são tratadas como uma espécie de ser subordinado, e não como parte da espécie humana”¹⁷¹. Além disso, temas como a existência da racionalidade nas

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ A teoria queer, influenciada pelas ideias de Foucault e Butler, produz novas concepções em relação a sexo, sexualidade e gênero. Jagose descreve-a da seguinte: “maneira descreve as atitudes ou modelos analíticos que ilustram as incoerências das relações alegadamente estáveis entre sexo biológico, gênero e desejo sexual. Resistindo a este modelo de estabilidade – que reivindica a sua origem na heterossexualidade, quando é na realidade o resultado desta – o queer centra-se nas descoincidências entre sexo, gênero e desejo. [...] Quer seja uma performance travesti ou uma desconstrução teórica, o queer localiza e explora as incoerências destas três concepções que estabilizam a heterossexualidade. Demonstrando a impossibilidade de qualquer sexualidade “natural”, coloca em questão até mesmo categorias aparentemente não problemáticas como as de “homem” e “mulher”.” JAGOSE, Annamarie. *Queer Theory: An Introduction*. New York: New York University Press, 1996.

¹⁶⁶ ZINANI, op. cit., nota 162.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Tal autora nasceu em Londres, em 27 de Abril de 1759, e morreu na mesma cidade, em 10 de Setembro de 1797 e foi considerada por Virginia Woolf e por Emma Goldman como a primeira feminista. Ela testemunhou várias revoluções, como A Guerra dos Sete Anos (1756-1763), A Guerra de Independência dos EUA (1775-1783) e a Revolução Francesa (1789-1799), tendo sido fortemente influenciada pelas ideias iluministas. Sua imagem foi manchada na história em razão de uma biografia escrita por seu marido, Willian Godwin, após sua morte. Interessante notar que ela também foi mãe de Mary Shelley, que fundou a ficção científica através do clássico Frankenstein.

¹⁶⁹ ZINANI, op. cit., nota 162.

¹⁷⁰ MIRANDA, Daniel M. Apresentação: Brevíssima Contextualização Histórica e Biográfica. In: WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos Direitos das Mulheres: o primeiro grito feminista*. Tradução e notas: Andreia Reis do Carmo. São Paulo: Edipro, 2015, p. 12.

¹⁷¹ WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos Direitos das Mulheres: o primeiro grito feminista*. Tradução e notas: Andreia Reis do Carmo. São Paulo: Edipro. 2015. p. 25.

mulheres¹⁷², degradação feminina¹⁷³, revolução do comportamento feminino¹⁷⁴, casamento, amizade, associações de ideias para o desenvolvimento do caráter, modéstia¹⁷⁵, independência financeira das mulheres, obrigações dos pais e necessidade de reformas educacionais. Percebe-se que muitos desses assuntos ainda permanecem bastante atuais.

Outrossim, cabe mencionar que a autora trata da isonomia ao dissertar sobre a questão da igualdade ou inferioridade dos sexos, ressaltando que os homens teriam uma superioridade física, porém não contentes com isso, se empenhariam em “nos afundar ainda mais, meramente para nos tornar objetos atraentes por um momento”.¹⁷⁶

Em 1949, com a publicação de “O Segundo Sexo”, Simone de Beauvoir virou referência básica para o movimento feminista do século XX, inaugurando um novo modelo de pensamento sobre a mulher na sociedade. A autora começa seu livro indagando o que é uma mulher, apontando que o “homem representa a um tempo o positivo e o neutro, a ponto de dizermos “os homens” para designar os seres humanos”, ao passo que a “mulher aparece como o negativo, de modo que toda determinação lhe é imputada como limitação, sem reciprocidade”¹⁷⁷, afirma ainda que “A mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem, e não este em relação a ela; a fêmea é inessencial perante o essencial. O homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro.”. Para ela, o estatuto feminino é uma conquista, já que inicia a segunda parte de sua obra com a frase emblemática: “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”.¹⁷⁸

Quanto à isonomia entre os sexos, especialmente em relação à igualdade de oportunidades, Beauvoir¹⁷⁹ explica¹⁸⁰:

Ora, a mulher sempre foi, senão a escrava do homem, ao menos sua vassala; os dois sexos nunca partilharam o mundo em igualdade de condições; e ainda hoje, embora sua condição esteja evoluindo, a mulher arca com um pesado *handicap*. Em quase nenhum país seu estatuto legal é idêntico ao do homem, e muitas vezes este último a prejudica consideravelmente. Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente

¹⁷² Naquele tempo as mulheres eram vistas como seres irracionais, razão pela qual Wollstenecraft precisou provar que eram racionais e que, portanto, deviam ser educadas para contribuir no progresso social.

¹⁷³ Ela falava inclusive que as mulheres eram escravizadas pelos homens, deve-se levar em conta para entender essa afirmação o contexto histórico em que viveu.

¹⁷⁴ Tal Revolução seria necessária para restaurar sua dignidade perdida e fazer com que sejam tratadas como humanas.

¹⁷⁵ Que seria a “sobriedade da mente que ensina ao homem a não se considerar mais do que realmente é”.

¹⁷⁶ WOLLSTONECRAFT, op. cit., p. 25.

¹⁷⁷ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 16.

¹⁷⁸ ZINANI, op. cit., nota 162.

¹⁷⁹ BEAUVOIR, op. cit., p. 21.

¹⁸⁰ Deve-se levar em consideração ao ler este fragmento que o livro foi publicado em 1949 e que o contexto histórico e jurídico da época eram diferentes do de hoje, no entanto, mesmo assim, ele continua bastante atual ao se referir aos costumes.

reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta.

Resta claro, portanto, que a igualdade formal entre eles não é suficiente para acabar com o tratamento social diferenciado que é dirigido às mulheres em relação aos homens. Desse modo, em relação aos direitos femininos, a lei se torna um mero pedaço de papel.

Em razão disso, a autora proclama por uma “sociedade em que a igualdade entre os sexos seja concretamente realizada”¹⁸¹ e, assim, essa igualdade se afirmará em cada indivíduo. Ensina ainda que se desde a primeira infância a menina fosse educada da mesma forma que seus irmãos, cercada de mulheres e de homens que se lhe afigurassem iguais, se a mãe assumisse da mesma forma que o pai a responsabilidade material e moral do casal, gozando, desse modo de prestígio duradouro, a criança sentiria em torno de si um mundo andrógino e não um mundo masculino e não se orientaria para a passividade.¹⁸²

Acrescenta-se que se essa menina for autorizada a provar seu valor no trabalho e no esporte, rivalizando ativamente com os meninos, não haveria engendrado em si um “complexo de inferioridade” e o menino não teria um “complexo de superioridade” se não lhe estimulasse isso e se estimasse tanto as mulheres quanto os homens.¹⁸³ Ela encerra seu livro afirmando que também cabe ao homem fazer a sua parte para fazer triunfar a liberdade, de modo que “para alcançar essa suprema vitória é, entre outras coisas, necessário que, para além de suas diferenciações naturais, homens e mulheres afirmem sem equívoco sua fraternidade”.¹⁸⁴

Em 1990, inaugurando a terceira onda do feminismo, Judith Butler publica seu “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade” e demonstra que o discurso universal é excludente. Nas palavras da autora¹⁸⁵:

Se alguém “é” uma mulher, isso certamente não é tudo o que esse alguém é; o termo não logra ser exaustivo, não porque os traços predefinidos de gênero da “pessoa” transcendam a parafernália específica de seu gênero, mas porque o gênero nem sempre se constitui de maneira coerente ou consistente nos diferentes contextos históricos, e porque o gênero estabelece interseções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas. Resulta que se tornou impossível separar a noção de “gênero” das interseções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida.

¹⁸¹ BEAUVOIR, op. cit., p. 929.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid., p. 935.

¹⁸⁵ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 20-21.

Por conseguinte, Butler começa a falar em um feminismo interseccional ou interseccional, com recorte de raça, de classe, de etnia, de sexo e de região, considerando os diferentes processos de socialização que cada mulher passa tendo em vista seu contexto fático. Quanto a esse feminismo coloca-se as palavras de Adichie¹⁸⁶, negra e nigeriana, para mostrar, com sua usual didática, a importância do tema:

Nós evoluímos. Mas nossas ideias de gênero ainda deixam a desejar. Não faz muito tempo, ao entrar num dos melhores hotéis da Nigéria, um segurança na porta me parou e fez umas perguntas irritantes: Nome? Número do quarto da pessoa que eu visitava? Eu conhecia essa pessoa? Ele automaticamente supôs que uma mulher nigeriana e desacompanhada só podia ser prostituta. Uma nigeriana desacompanhada não pode ser hóspede e pagar por seu quarto. Um homem pode entrar no mesmo hotel sem ser perturbado, Parte-se da premissa que ele está lá por uma razão legítima

Voltando a Butler, cabe destacar que ela também discute o conceito de gênero, afirmando sua distinção com sexo, sendo sexo uma característica biológica, enquanto o gênero seria culturalmente construído, colocando-o como algo radicalmente independente de sexo, criticando inclusive a hipótese de um sistema binário de gênero.¹⁸⁷ Por outro lado, critica a instituição de uma heterossexualidade compulsória¹⁸⁸ e a hierarquia de gênero¹⁸⁹.

Outrossim, para ela a incumbência fundamental do feminismo

não é estabelecer um ponto de vista fora das identidades construídas; essa pretensão é obra de um modelo epistemológico que pretende renegar sua própria inserção da cultura, promovendo-se, conseqüentemente, como um tema global, posição esta que se instaura precisamente as estratégias imperialistas que o feminismo tem a obrigação de criticar. Sua tarefa crucial é antes, a de situar as estratégias de repetição subversiva facultadas por essas construções, afirmar as possibilidades locais de intervenção pela participação precisamente nas práticas de repetição que constituem a identidade e, portanto, apresentar a possibilidade imanente de contestá-las.

Todavia, mesmo com toda a importância histórica, social a até mesmo cultural¹⁹⁰ do feminismo, ainda há muitos preconceitos e mitos sobre o tema. Dessa forma, é necessário fazer alguns comentários para desconstruí-los.

Há quem critique o termo feminismo por achar que seria o contrário de machismo e que, portanto, propagaria uma superioridade feminina. No entanto, isso é um grande engano

¹⁸⁶ ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. Tradução: Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 21-22.

¹⁸⁷ BUTLER, op. cit., p. 26.

¹⁸⁸ Ibid., p. 51-53.

¹⁸⁹ Ibid., p. 255.

¹⁹⁰ O feminismo foi responsável por várias mudanças culturais importantes, por exemplo: hoje em dia a mulher divorciada não é mais marginalizada pela sociedade ou a violência doméstica não é mais tão aceita culturalmente quanto era no passado. Ademais, a cultura pop, especialmente as artistas mulheres como Beyoncé, Emma Watson, Rihanna, têm abraçado o feminismo e ajudado a espalhá-lo por lugares onde dificilmente chegaria através de livros.

causado por uma mentalidade androcêntrica que coloca o masculino como universal e o feminino como o Outro¹⁹¹. O fato do feminino estar em evidência incomoda. Adichie¹⁹² explica de forma cristalina a necessidade do uso da palavra feminismo:

Algumas pessoas me perguntam: “Por que usar a palavra ‘feminista’? Por que não dizer que você acredita nos direitos humanos, ou algo parecido?” Porque seria desonesto. O feminismo faz, obviamente, parte dos direitos humanos de uma forma geral- mas escolher uma expressão vaga como “direitos humanos” é negar a especificidade e particularidade do problema de gênero. Seria uma maneira de fingir que as mulheres não foram excluídas ao longo dos séculos. Seria negar que a questão de gênero tem como alvo as mulheres. Que o problema não é ser humano, mas especificamente um ser humano do sexo feminino. Por séculos, os seres humanos eram divididos em dois grupos, um dos quais excluía e oprimia o outro. É no mínimo justo reconhecer que a solução para esse problema esteja no reconhecimento desse fato.

Outrossim, esse movimento não prega a hierarquia das mulheres sobre os homens, apenas luta contra o ideário patriarcal que considera o gênero masculino superior ao feminino ou mais capaz de tomar decisões políticas, econômicas, sociais, familiares e até mesmo sobre o corpo ou a sexualidade feminina. Adichie¹⁹³, em mais uma lição precisa, conceitua feminista como “uma pessoa que acredita na igualdade social, política e econômica entre os sexos”. Desse modo, feminismo busca concretizar a igualdade entre os gêneros¹⁹⁴.

Tal igualdade deve ser considerada do ponto de vista material, nos moldes do ensinamento de Boaventura de Souza Santos,¹⁹⁵ de modo que reconheça as diferenças biológicas, psicológicas, históricas, sociais e culturais entre homens e mulheres. É importante mencionar que não se prega que homens e mulheres sejam iguais, que devam agir do mesmo jeito ou ter as mesmas características ou mesmo que as mulheres devam ser de uma única maneira.

Nessa linha de pensamento, o movimento não é exclusivo, é inclusivo, qualquer pessoa pode apoiar o feminismo independente do gênero ou orientação sexual, uma vez que ele é bom para todos. Explica-se: por mais que as maiores vítimas do machismo sejam as mulheres, ele também atinge os homens ao estabelecer padrões para o comportamento e pensamento masculino. Pode-se mencionar como exemplo a famosa frase “homem não chora” que revela uma mentalidade que diz que homem tem que ser “macho” e não pode deixar transparecer seus sentimentos. Isso pode causar nele problemas psicológicos, transtornos

¹⁹¹ BEAUVOIR, op. cit., p. 16.

¹⁹² ADICHIE, op. cit., p. 42-43.

¹⁹³ Ibid., p. 49.

¹⁹⁴ BEAUVOIR, op. cit., p. 929.

¹⁹⁵ “temos direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades” SANTOS apud PIOVESAN, op. cit., p. 50.

psiquiátricos e até mesmo suicídio.¹⁹⁶ Beauvoir¹⁹⁷, como foi colocado anteriormente, dizia que também caberia ao homem fazer a sua parte para fazer triunfar a liberdade e que seria necessária uma união entre ambos os gêneros para tanto.

Por outro lado, o fato de ser inclusivo já demonstra a quebra de outro mito bastante comum de que as feministas odeiam os homens. O que as feministas realmente odeiam é a opressão do sistema patriarcal. Os homens são bem-vindos para colaborar com o movimento. No entanto, deve-se deixar claro que o sujeito do feminismo é a mulher, o protagonismo deve ser feminino em razão de toda uma história de exclusão e silenciamento¹⁹⁸.

Portanto, o feminismo é, antes de tudo, libertador. Deve-se ter igualdade de oportunidades, de tratamento e de acesso aos saberes para que seja possível fazer escolhas, para que seja possível ser realmente livre, na medida em que é consciente. Além disso, toda opção de vida deve ser respeitada. Por exemplo: uma mulher pode querer priorizar a carreira, ou pode preferir priorizar a maternidade, ou ainda não querer ter filhos, todas essas escolhas, e tantas outras, são abraçadas pelo feminismo.

O feminismo é sobre respeito, é sobre igualdade, é sobre desnaturalização de construções sociais opressoras, é sobre emancipação feminina, é sobre o direito de ser mulher.

Tendo em vista tudo o que foi falado sobre feminismo, cabe tecer algumas considerações acerca de sua aplicação na ciência jurídica, especialmente no Direito Penal.

2.4. Uma teoria feminista do Direito?

O Direito costuma se apresentar como neutro e objetivo, tanto em sua teoria quanto em sua aplicação. Todavia, dentro de uma sistema opressor, como o patriarcal, a neutralidade é uma falácia. Como disse Desmond Tutu¹⁹⁹ “Se você é neutro em situações de injustiça, você escolhe o lado do opressor.”. Portanto, o Direito não é neutro, sofre as influências da

¹⁹⁶ O suicídio é principal causa de morte de homens com idade entre 20 e 49 anos na Grã-Betanha, por exemplo. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140318_suicidio_masculino_mv>. Acesso em 26 jul. de 2017. No Brasil, os homens têm 3,7 vezes mais chances de se matar do que as mulheres, de acordo com estudo da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/suicidio-e-preciso-falar-sobre-esse-problema.ghtml>>. Acesso em 26 jul. de 2017

¹⁹⁷ BEAUVOIR, op. cit. p. 935.

¹⁹⁸ O empoderamento feminino está relacionado com essa questão do protagonismo feminino e busca dar voz e destaque às mulheres.

¹⁹⁹ Desmond Tutu é um arcebispo sul-africano, da Igreja Anglicana, símbolo da luta contra o Apartheid e ganhador do Prêmio Nobel da Paz em 1984.

sociedade na qual foi construído, estando carregado valores, ideologias e até mesmo preconceitos.

Em razão disso, partir da década de 1970²⁰⁰ o movimento feminista passou a questionar, sob diferentes perspectivas, o papel do Direito como aliado do sistema patriarcal²⁰¹, uma vez que ele é “um mecanismo que ratifica as desigualdades entre os gêneros e gerador indireto de violência”²⁰², passando assim a surgir uma Teoria Feminista do Direito. Trata-se, para Campos²⁰³, “de um pensamento crítico sobre as epistemologias jurídicas e os fundamentos filosóficos que embasaram o pensamento jurídico ocidental na modernidade e cujos reflexos são visíveis ainda hoje.”

Mello²⁰⁴ faz a seguinte observação sobre o assunto em comentário:

O objetivo dessa vertente teórica era revelar a ideologia discriminadora que está na estrutura profunda do Direito, bem como desconstruir o entrançado normativo para evidenciar a subordinação implícita da mulher enraizada nas leis. Tal revelação abre novas formas de entender as desigualdades e a discriminação. Através dessa análise é possível observar como preconceitos e estereótipos de gênero ultrapassam os processos de criação das normas e ajudam a manter a subordinação das mulheres na sociedade.

Cabe mencionar que, as doutrinas jurídicas são instituídas em um contexto social que sofre influência de gênero, relações econômicas e raciais, divisão sexual do trabalho, além de estar presente a subjetividade dos doutrinadores implicados no processo.²⁰⁵ Por outro lado, Hobbes já dizia que “é a autoridade, não a verdade, que faz a lei”.²⁰⁶

Acrescenta-se um dado relevante para o debate em tela: em 2010 apenas 14,8% dos senadores eram mulheres, situação que era ainda mais grave na Câmara dos Deputados, quando somente 8,8% de seus membros pertenciam ao gênero feminino.²⁰⁷

Levando-se em consideração o Direito como ciência, questiona-se também, por meio dessa teoria, a maneira como tradicionalmente é concebida a objetividade científica. Seria necessário romper, do ponto de vista metodológico, com a ideia tão difundida de que o

²⁰⁰ CAMPOS, Carmen Hein de. *Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_1_razao-e-sensibilidade.pdf>. Acesso em 23 ago. 2017.

²⁰¹ MELLO, op. cit., p. 18.

²⁰² Ibid., p. 18.

²⁰³ CAMPOS, op. cit., nota 18.

²⁰⁴ MELLO, op. cit., p. 18.

²⁰⁵ CAMPOS, op. cit., nota 200.

²⁰⁶ HOBBS apud RABENHORST, Eduardo Ramalho. As Teorias Feministas do Direito e a Violência de Gênero. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 20-32, jan.-mar. 2012.

²⁰⁷ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, op. cit., nota 37.

conhecimento científico exigiria um sujeito deslocado que observaria os fenômenos de uma perspectiva metafísica, de maneira exclusivamente racional e abstrata.²⁰⁸ Isso porque “todo saber é localizado; que fazemos ciência a partir de um lugar, em sentido físico e reflexivo, o que não significa, obviamente, que não possamos seguir regras comuns.”²⁰⁹

Nessa linha de pensamento, Harding e Pereira²¹⁰ afirmam “No exame da crítica feminista à ciência, devemos, portanto, refletir sobre tudo o que a ciência não faz, as razões das exclusões, como elas conformam a ciência precisamente através das ausências, quer sejam elas reconhecidas ou não.”

Campos²¹¹ refere-se a dicotomia entre razão e sensibilidade, que sustentou a construção do pensamento crítico moderno, como uma oposição entre masculino e feminino, uma vez que a razão é associada socialmente ao homem e a sensibilidade à mulher, sendo o masculino considerado superior ao feminino. Ela conclui dizendo que o sistema conceitual das ciências é fortemente marcado pelo gênero.

Tendo isso em vista, Harding e Pereira²¹² salientam:

Não há dúvida de que a crítica feminista das ciências naturais e sociais identificou e descreveu uma ciência mal conduzida - isto é, uma ciência distorcida pela visão masculina preconcebida na elaboração da problemática, nas teorias, nos conceitos, nos métodos de investigação, nas observações e interpretações dos resultados'. Existem fatos da realidade, afirmam essas autoras, mas a ciência androcêntrica não os pode localizar. A identificação e eliminação da visão masculina através da estrita adesão aos métodos científicos permite-nos configurar um quadro objetivo, destituído de gênero (e, nesse sentido, não-valorativo) da natureza e da vida social. A pesquisa feminista não representa a substituição da lealdade a um gênero pela lealdade a outro - a troca de um subjetivismo pelo outro - mas a transcendência de todo gênero, o que, portanto, aumenta a objetividade.

Por conseguinte, é preciso rever o modo de se fazer ciência, especialmente o Direito, pois só assim será possível um modelo que respeita a diversidade na proporção em que reconhece os diferentes sujeitos e vivências. Outrossim, esse sistema que considera apenas uma visão como válida é excludente na medida em que deslegitima certos discursos. Ademais, ao trazer à lume diferentes pontos de vista sobre o mesmo objeto, passa-se a ter uma visão mais completa sobre o mesmo. Rabenhorst pensa ser essa capacidade de provocar

²⁰⁸ RABENHORST. op. cit., nota 206.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ HARDING, Sandra; PEREIRA, Vera. *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*.

Disponível em: <<http://www.legh.cfh.ufsc.br/files/2015/08/sandra-harding.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2017.

²¹¹ CAMPOS, op. cit., nota 200.

²¹² HARDING; PEREIRA, op. cit., nota 210.

inversões, de subverter olhares, de ensejar novos pontos de vista e conceitos a maior virtude dessa filosofia feminista do Direito.²¹³

Para demonstrar o equívoco do sistema tradicional, é cabível ressaltar que em sua ótica não caberia às mulheres falar sobre machismo e violência contra a mulher. Isso representaria mais uma violência contra elas, isso porque suas vozes seriam suprimidas, relegando-as ao silêncio e à submissão ao homem, pois só ele teria legitimidade para falar, inclusive sobre o tratamento social dado à elas. É incongruente dar ao opressor, sob o prisma de uma hipotética imparcialidade, o direito de falar pelo oprimido, tal comportamento apenas reafirmaria a opressão.

O referido autor²¹⁴ adiciona:

As perspectivas feministas sobre o direito foram férteis e pródigas nestas inversões: denunciaram a ideia de um sujeito de direito universal e abstrato; criticaram o modelo de uma paridade formal entre homens e mulheres; propuseram novos modelos de família; exigiram a entrada em cena de formas alternativas de resolução de conflitos, entre outras. E é assim, não como uma abordagem explicativa do direito, mas, acima de tudo, como um olhar permanentemente subversor[...]

É necessário também visualizar e enfrentar os preconceitos e estereótipos de gênero presentes nas normas jurídicas. Como exemplo pode-se citar as discriminações presentes no Código Civil 1916²¹⁵, que vigorou até 2003, que tinha previsões como: o pátrio poder, a chefia do marido na sociedade conjugal e sua preponderância na administração dos bens do casal, inclusive os particulares da esposa e a anulação do casamento caso ele descobrisse que a mulher não era mais virgem.

Além disso, no âmbito criminal, até 2009²¹⁶, a mulher não poderia ser autora do crime de estupro²¹⁷. Isso demonstra a incapacidade do legislador de retirar a mulher de uma posição de submissão e a colocar em uma posição de poder, na medida em que o estupro está estritamente relacionado com uma dominação da vítima pelo agressor ou agressora.

Faz-se mister realçar, como já foi colocado no primeiro capítulo dessa obra, que até 2005²¹⁸ havia a previsão da extinção da punibilidade do estupro caso o mesmo se casasse com sua vítima. Ou seja, sua condição de pessoa dotada de direitos sobre o próprio corpo e de capacidade de consentir ou não, juridicamente não era considerada.

²¹³ RABENHORST. op. cit., nota 206.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ BRASIL, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 24 ago. de 2017.

²¹⁶ Id., op. cit., nota 63.

²¹⁷ Quanto a isso, remete-se o leitor ao capítulo 1, item 1.4.

²¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 34.

Isso denota que o Direito serve como instrumento de perpetuação do sistema patriarcal no controle da sexualidade feminina, além de demonstrar que a mulher não era vista como sujeito de direitos, mas sim como mera propriedade masculina. Por mais que essas normas tenham sido revogadas, a mentalidade social machista que as produziu continua presente, inclusive entre os operadores do Direito, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

É importante notar que o Direito não é construído só por leis, mas também por doutrina e jurisprudência. Ademais, mesmo nessas, o espaço, os sujeitos, os olhares são majoritariamente masculinos. Isso fica claro na análise dos componentes dos Tribunais Superiores, em pesquisa realizada pela Secretaria de Políticas para as Mulheres no ano de 2010 ficou constatado que apenas 15,7% dos ministros e ministras eram mulheres.²¹⁹ O local de fala feminino é, na maioria das vezes, menosprezado, quando não ignorado.

Baratta²²⁰ acrescenta que o “caráter androcêntrico do direito deriva do fato de que, o mesmo, até o momento, desenvolveu-se sob o império de conceitos masculinos, excluindo critérios de ação extraíveis dos femininos.”.

Frente à precariedade da representação feminina na criação, operação e estudo jurídico brasileiro, demonstra-se a necessidade de uma Teoria Feminista do Direito no país. É necessária “a demolição do modelo androcêntrico da ciência e a reconstrução de um alternativo”²²¹. Só assim será possível um Direito realmente inclusivo que possa transmudar-se em verdadeiro instrumento de construção de uma sociedade mais igualitária e justa em relação a gênero.

²¹⁹ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. op. cit., nota 37.

²²⁰ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana. In: *Criminologia e Feminismo*. CAMPOS, Carmen Hein (org). Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 27.

²²¹ *Ibid*, p. 19.

3. O OLHAR DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME DE ESTUPRO SOB O PARADIGMA DA IGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS

Este capítulo tem como fim demonstrar como o estupro é tratado pela doutrina e pela jurisprudência, sob o paradigma da isonomia entre os gêneros, para sugerir uma necessidade de releitura sobre o assunto. Para tanto, será dada especial ênfase ao olhar que tais juristas nutrem pelo feminino tendo em vista a existência de um sistema patriarcal que coloca as mulheres como principais vítimas desse delito, conforme já foi abordado.

Desse modo, serão expostas a visão da doutrina e jurisprudência clássica sobre assunto, abordando as principais divergências e pensamentos de sua época. Logo após, uma doutrina e uma jurisprudência mais moderna serão apresentadas de modo a fazer um comparativo entre elas e analisar se houve ou não uma evolução rumo à igualdade entre homens e mulheres.

3.1. Reflexões da doutrina e da jurisprudência tradicional sobre o crime de estupro

Em um primeiro momento, revela-se importante citar o seguinte trecho colocado por Viveiros de Castro²²², em 1936, visando justificar o aumento da criminalidade em relação aos crimes sexuais:

É de justiça responsabilizar em primeiro lugar a própria mulher, dominada pela ideia errônea, subversiva, de sua emancipação, ela faz tudo que de si depende para perder o respeito, a estima, e a consideração dos homens. A antiga educação da mulher recatada e tímida, delicada sensitiva evitando os contatos ásperos e rudes da vida foi desprezada como coisa anacrônica e ridícula; e temos hoje a mulher moderna, vivendo nas ruas, sabendo tudo, discutindo audaciosamente as mais escabrosas questões, sem refreio religioso, ávida unicamente por luxo e sensações, vaidosa e fútil, presa fácil e muita vez até espontaneamente oferecida à conquista do homem.

Depreende-se que tal autor, bem como a sociedade de sua época, culpa as mulheres pelo aumento do número registrado de crimes sexuais e despreza a emancipação feminina, uma vez que, depois desse fenômeno, essas não queriam mais se encaixar nos papéis sociais relegado à elas pelo patriarcado.

²²² CASTRO apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 17.

Outrossim, tendo em vista essa mentalidade, é relevante explicar esta história contada por Hungria:^{223 224}

Certa vez, na audiência de Sancho, entrou uma mulher que, trazendo um homem pela gola, bradava: “Justiça! Justiça, senhor governador! Se não a encontro na “terra, irei buscá-la no céu. Êste mau homem surpreendeu-me em pleno campo e abusou da minha fraqueza.” Negada formalmente a acusação, Sancho tomou ao acusado sua recheada bolsa de dinheiro e, a pretexto de reparação do mal, passou-a à querelante. Foi-se esta em grande satisfação, mas Sancho ordenou ao acusado que seguisse no seu encalço, para retomar a bolsa. Em vão, porém, tentou o homem reaver seu dinheiro, e voltou com o rosto agatanhado e a sangrar, confessando-se vencido. Então, fazendo a mulher restituir a bolsa, disse-lhe Sancho: “ Se tivesses defendido tua honra tão empenhadamente como vens defendendo essa bolsa, jamais a terias perdido. Não passas de uma audaciosa ladra”.

Tal relato está na obra de Hungria²²⁵ como “uma das mais sensatas decisões de Sancho-Pança, na ilha de Baratária”. O mesmo autor ainda dizia: “Realmente, se não há uma excepcional desproporção de fôrças em favor do homem, ou se a mulher não vem a perder os sentidos, ou prostrar-se de fadiga, poderá sempre esquivar-se ao coito pelo recurso do movimento dos flancos.”²²⁶

Essa posição também era defendida por Faria²²⁷, citando Vibert, da seguinte forma: “ainda quando se admita que o agente possa, ao mesmo tempo, imobilizar a mulher e mantê-lhe as coxas afastadas, a esta é sempre possível impedir a conjunção carnal bastando, para isso, executar certos movimentos com a bacia, salvo se houver grande inferioridade de fôrças da mulher”.

Mendes²²⁸ ressalta que, em termos criminológicos, “Benjamin Mendelsohn em *Origin of The Doctrine of Victimology* (1963), por sua vez, também iria dizer, nos marcos da teoria da estrutura de oportunidades, que a violação era impossível se a mulher não permitisse.”.

Nessa linha de pensamento, a jurisprudência pátria entendia, especialmente o Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme posto por Pimentel²²⁹, da seguinte forma:

²²³ Nelson Hungria é considerado o principal nome do direito penal brasileiro, foi um dos autores do anteprojeto do Código Penal de 1940, além de ter sido ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1951 e 1961. Até hoje seus ensinamentos são largamente utilizados pelos penalistas.

²²⁴ HUNGRIA apud MENDES, Soraia da Rosa. *Foi constrangedor, foi violento e foi estupro*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/04/foi-constrangedor-foi-violento-foi-estupro>> Acesso em 11 de out. de 2017

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro (Comentado)*: Decreto-Lei nº 2848, de 1940. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959, p. 9.

²²⁸ MENDES, op. cit., nota 224.

²²⁹ PIMENTEL, Silvia. *Estupro: crime ou ‘cortesia’?* Abordagem sociológica de gênero. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 147.

Pois, como entende a jurisprudência, ‘uma jovem estuprada há de se opor razoavelmente à violência, não se podendo confundir como inteiramente tolhida nesse repulsa quem nada fez além de gritar e nada mais. A passividade que muitas vezes se confunde com a tímida reação, desfigura o crime, por revelar autêntica aquiescência’ (in RT 429/400).

Nesses mesmos moldes, há de se ressaltar também outro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que revela que uma ameaça proferida mediante o uso de uma arma de fogo e uma faca não seria suficiente para caracterizar uma ameaça grave o suficiente para configurar um estupro, nos seguintes termos colocados por Soares²³⁰:

A ameaça, porém, para constituir violência moral apta a constranger a mulher ao coito, deve ser grave, ou seja, de um mal sério, presente e irreparável, na expressão de Chrysólito de Gusmão e de molde a vencer a efetiva resistência da ofendida. Ora...custa acreditar que uma mulher robusta como a ofendida, de perfeita integridade psíquica e até mesmo desembaraçada, fosse se deixar domnar pelo apelado, por estar ele armado e faca e revólver, circunstância esta que não podia infundir-lhe terror, não por se tratar de um seu cunhado e compadre, como ainda porque o andar armado é um velho costume da roça (TJSP – RT, 145/545).

Os dizeres mencionados revelam uma tendência de julgar a vítima, avaliando sua vida, seu comportamento e até mesmo seu físico, e não o acusado. Ademais, dessa maneira, culpa-se ela pelo seu infortúnio e se inocenta ele, em razão dela não ter se esforçado o suficiente para evitar o cometimento do delito contra ela. Ou seja, a mulher era culpada pelo seu próprio estupro, o que revela a presença da já mencionada cultura do estupro²³¹.

Quanto à inclusão de outros atos libidinosos, além da cópula vaginal, no tipo penal do estupro, Noronha²³² assevera:

Se é fato que pelo coito anal e pela “fellatio in ore” permanece íntegro o hímen, seria absurdo negar-se ficar a virgem tanto ou mais poluída em seu recato, em seu pudor, em sua honra, do que com o rompimento da membrana. A virgindade não é só um predicado físico, é uma virtude moral também.

Desse modo, se compreende que para esse homem o valor de uma mulher estava atrelado à sua castidade, posição essa que não é isolada, mas apenas um espelho da sociedade da época.

Ademais, ponto interessante a ser destacado é que a virgindade era comprovada geralmente mediante a integridade do hímen, o que não traduz a realidade dos fatos, pois, não é incomum o rompimento dessa membrana sem que a menina tenha tido relações sexuais ou, de outro modo, pode ocorrer dela não se romper durante a cópula.

²³⁰ SOARES, Orlando. *Sexologia Forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 217.

²³¹ Ver nota 15.

²³² NORONHA, Edgard Magalhães. *Crimes contra os costumes*: Comentários aos Arts. 231 a 226, e 108 n. VIII do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 21.

Por outro lado, além de reafirmar a virgindade como um importante critério de valorização feminina, no seguinte julgado de 1974 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, colocado por Pimentel²³³, o procurador de Justiça defendia a absolvição do réu nos termos a seguir:

Será justo, então, o réu Fernando Cortez, primário, trabalhador, sofrer pena enorme e ter sua vida estragada por causa de uma falsa virgem? Afinal de contas, esta vítima, amorosa com outros rapazes, vai continuar a sê-lo. Com Cortez, assediou-o até se entregar (fls.) e o que, em retribuição lhe fez Cortez, uma cortesia...(TJRJ 10.12.74 RT 481/403)

Resta claro através do disposto que a violência contra a mulher era tolerada e até de certa forma incentivada pela certeza da impunidade, uma vez que o próprio acusador condenava o comportamento da vítima e não do agressor. Esse era considerado trabalhador e gentil.

Com isso demonstra-se que a mulher que exercia sua sexualidade fora do casamento, ou seja, fora de uma instituição dominada pelo homem, haja vista que o homem era o chefe da família, era tratada pela sociedade como um ser inferior, alguém que merece menos proteção do Estado. Isso porque, ela deveria ser punida, pois não cumpriu seu papel social de submissão ao patriarcado. Cabe lembrar, como já foi visto no primeiro capítulo dessa obra, que o controle da sexualidade feminina é “o método por excelência do controle cotidiano das mentes e dos corpos das mulheres nas culturas patriarcais”²³⁴ enquanto que a ideia de sexo como impulso biológico instintivo é delegada historicamente à sexualidade do homem.

Outrossim, fato curioso a ser elucidado, é Noronha²³⁵ ressaltar que se tratando de estupro com violência real, seria necessário um exame psiquiátrico, afinal tal indivíduo seria presumidamente anormal, e logo depois escrever que “Há notória diferença entre o delinquente que ataca uma virgem, para unicamente desafogar sua luxúria, abandonando-a depois, e o jovem que estupra a mulher amada, com o fito de, assim, vencer a resistência dos pais e desposá-la.”

Além disso, o fato de um homem querer forçar relações sexuais com uma mulher era entendido como algo natural, até mesmo instintivo, como é possível visualizar no seguinte julgado citado por Soares²³⁶:

O estupro, com violência ficta, não pode ser reconhecido se a paciente é mulher recatada e honesta e mantém, durante um longo período, de cerca de dois anos,

²³³ PIMENTEL, op. cit., p. 147.

²³⁴ BLEIER apud GRIFFIN, op. cit.

²³⁵ NORONHA, op. cit., p. 21.

²³⁶ SOARES, op., cit., p. 217.

relações sexuais com o seu namorado, de quem se faz amante, com ele vivendo em mancebia. À sombra da lei não se acobertam estas situações, que revelam, apenas, corrupção e domínio do instinto. (T. de Apel. do antigo DF, *in* Darcy Arruda Miranda – Rep. de Jur. do CP, Vol. III, pp. 708 e 709)

Percebe-se que a mulher era vista como uma posse masculina e que suas vontades e dores eram ignoradas, e seu estupro e esturador relativizados. Entretanto, é preciso falar que não se tratava de uma visão apenas do ilustre doutrinador, mas toda uma sociedade em que ele fazia parte.

Pode ainda ser mencionada a discussão doutrinária acerca da possibilidade do marido ser sujeito ativo do crime sendo vítima sua própria esposa. Hungria²³⁷ defendia que não poderia o marido ser considerado réu de estupro, quando constrangesse a esposa à relação sexual, em razão do chamado débito conjugal Previsto no Código Civil (tanto no art. 231, II, do revogado Código Civil de 1916, quanto no atual Código Civil, no art. 1566, II), podendo ele até mesmo ser violento, por ser lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito.

Todavia, Faria²³⁸ fazia uma distinção: caso se trate de uma cópula natural, que se encontra dentro da finalidade conjugal, ele não deve ser responsabilizado por tê-la realizado contra vontade de sua esposa, enfrentando sua resistência; no entanto, se a prática por ele pretendida for um ato de libertinagem, de depravação, de sodomia, ele não exerce direito matrimonial algum e incide a sanção legal, sendo legítima a resistência da mulher.

Seguindo essa linha de pensamento, Streck²³⁹ destaca o seguinte trecho jurisprudencial:

A cópula intra matrimonium é dever recíproco dos cônjuges e aquele que usa de força física contra o outro, a quem não socorre recusa razoável (*verbi gratia*, moléstia, inclusive venérea, ou cópula contra a natureza), tem por si a excludente da criminalidade prevista no Código Penal – exercício regular de um direito (RT 461-444).

Depreende-se que tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência a vontade da mulher é insignificante, não tendo ela nem mesmo direito à inviolabilidade do próprio corpo. Era estabelecido por homens em posições de poder que sua sexualidade não lhe pertencia, pois ela deveria permanecer virgem até o casamento e quando casada deveria satisfazer as vontades sexuais de seu marido.

Por outro lado, Noronha²⁴⁰ enuncia acerca do estupro da prostituta:

²³⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 122-123.

²³⁸ FARIA, op. cit., p. 15.

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz. “*Mulher pode recusar sexo; mas a negativa não pode ser mesquinha*”. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jun-02/senso-incomum-mulher-pode-recusar-sexo-negativa-nao-mesquinhasic> >. Acesso em 17 nov. 2017.

A meretriz estuprada, além da violência que sofreu, não sofre qualquer outro dano. Sem reputação e sem honra, nada tem a temer como consequência do crime. A mulher honesta, entretanto, arrastará por todo e sempre a mancha indelevel com que a poluiu o estuprador- maximé se for virgem, caso que assume, em nosso meio, proporções de dano irreparável.

Nessa linha de pensamento, sustentava²⁴¹ que por serem fatos de “gravidades bem desiguais, completamente distintos na consciência pública, repercutindo com intensidade diferente no meio social” seria melhor que fosse, capitulados em dispositivos distintos, com penas diferentes. Infere-se que em toda a sua reflexão, em momento algum ele levou em consideração os danos físicos, muito menos os psicológicos decorrentes do estupro, o que era coerente com o pensamento patriarcal dominante em seu tempo.

Hungria, Fragoso e Lacerda²⁴², já em 1981, acrescentam que caso a mulher estuprada exerça a prostituição, seja uma “mulher da multidão” em suas palavras, a pena de seu estuprador deve ser reduzida. Todavia, a vítima seja virgem, a pena do agente deve ser aumentada.

Os referidos autores²⁴³, nesse mesmo ano, traz algumas considerações acerca do comportamento feminino em sua época:

Desgraçadamente, porém, nos dias que correm, verifica-se uma espécie de crise do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. Com sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor (...) Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e charme.

Com a devida vênia, não parece que o pensamento dos renomados juristas esteja de acordo com sua época, tendo em vista que já havia ocorrido a Revolução Sexual²⁴⁴ e a segunda onda do movimento feminista, demonstrando seu anacronismo.

Assim, passar-se-á análise do pensamento dos principais doutrinadores e jurisprudência atuais para descobrir se houve realmente uma mudança de paradigmas ou não.

²⁴⁰ NORONHA, op cit., p. 36-37

²⁴¹ Ibid.

²⁴² HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*: Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. V.8 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 114.

²⁴³ Ibid., p. 82-84.

²⁴⁴ A Revolução Sexual (ou a Primeira Revolução Sexual, como alguns autores preferem chamar) foi um fenômeno que ocorreu no Ocidente nas décadas de 1960 e 1970, ativado pelo surgimento da pílula anticoncepcional e pelas ideias de Freud, este que pregou a livre expressão da sexualidade humana e a emancipação feminina, contrariando os códigos tradicionais de comportamento da época.

3.2. Considerações da doutrina contemporânea sobre o crime de estupro

Com o tempo, novos nomes e visões surgiram, inclusive ainda hoje nota-se que muitos conceitos e até preconceitos permaneceram incólumes, tendo em vista que a sociedade brasileira continua patriarcal.

Na época de Hungria²⁴⁵, os estudos sociológicos da sexualidade ainda eram muito incipientes. Portanto, era compreensível que tal crime fosse entendido como uma questão que exigia a satisfação de lascívia como fim específico. Todavia, como bem demonstra Foucault²⁴⁶, o estupro não é uma questão puramente sexual, mas predominantemente de poder.

Cabe informar que ainda hoje grande parte da doutrina defende a necessidade de um especial fim de agir em tal delito que seja satisfazer lascívia. Por todos, coloca-se Nucci²⁴⁷, que seguindo Hungria, defende:

Cremos presente elemento subjetivo específico, consistente na vontade de praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, satisfazendo lascívia. (...) A excitação torna-se, como regra, indispensável para o homem conseguir a penetração, consumando a conjunção carnal ou outra forma de coito. Quando à mulher, ainda que prescindida de elemento visível do seu grau de estímulo sexual, certamente, optando por praticar ato libidinoso, move-se pelo indêntico grau de excitação.

Tal mentalidade, além de ver tal crime como algo puramente sexual, esquecendo o fato de ser um tema ligado ao poder, revela uma visão falocêntrica da sexualidade. Isso porque considera o falo necessário e a penetração imprescindível para haver sexo.²⁴⁸ Ademais, como já foi observado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴⁹, não há nem mesmo a necessidade de contato físico para que esteja caracterizado o estupro, como pode ser visto abaixo:

²⁴⁵ HUNGRIA apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 51,

²⁴⁶ FOUCAULT, op. cit., p. 11-15.

²⁴⁷ NUCCI, op. cit., p. 50-51.

²⁴⁸ Há relatos de estupros realizados mediante o uso de cabos de vassoura, pedaços de bambu ou de canos, ou seja, sem a presença de um falo, como pode ser visto na seguinte notícia: <http://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2014/03/e-um-milagre-estar-viva-diz-menina-estuprada-e-esfaqueada-no-amapa.html>. Ademais, o estupro pode ser cometido através do cometimento atos que não envolvem necessariamente a penetração, como por exemplo o ato de passar a mão nos seios de uma mulher contra a sua vontade, através de violência ou grave ameaça.

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 70.976-MS*, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270587%27>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

DIREITO PENAL. DESNECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. No caso, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado encontra-se em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016.

Outro julgado interessante do Superior Tribunal de Justiça é o que reconheceu como estupro à uma menina de 15 anos a “ação de impingir-lhe, à força, um beijo, após ser derrubada ao solo e mantida subjugada pelo agressor, que a imobilizou pressionando o joelho sobre seu abdômen.”²⁵⁰. Esse acordão, por seu conteúdo vanguardista, será melhor comentado no título posterior.

No entanto, ainda há quem relativize o estupro e exija heroísmo da vítima para evitar a consumação de tal ato. Costa Júnior²⁵¹, no ano de 2002, defendia:

se não houver uma desproporção de forças do homem com relação à mulher, se a vítima não desmaiar prostrada pela fadiga, se o agente não empregar narcóticos ou instrumentos contundentes, deixando-a inanimada, dificilmente será consumado o coito. Quando muito, a tentativa de introdução do órgão, ou cópula vestibular. Os movimentos da bacia, somados à resistência, desde que positiva e cruenta, impedirão o *summarum opus*.

Mesmo considerando que tal trecho foi escrito antes da Lei nº 12.015/2009²⁵², a qual trouxe uma nova redação ao crime de estupro, passando a incluir em seu tipo penal não só a conjunção carnal, mas também a prática de qualquer ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça, causa espanto tal visão em pleno século XXI.

Ademais, quanto à possibilidade do marido ser sujeito ativo no crime de estupro contra a própria esposa, Jesus²⁵³ sustenta que a mulher:

Não perde o direito de dispor de seu próprio corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato sexual, desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para negativa.

²⁵⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.611.910-MT*, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/> >. Acesso em: 28 nov. 2017.

²⁵¹ COSTA JR apud NUCCI, op. cit., p. 41.

²⁵² BRASIL, op. cit., nota 63.

²⁵³ JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Especial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126.

Desse modo, para o ilustre autor, a mulher poderia se negar ao ato sexual com seu marido caso seu motivo fosse justo, pois caso não fosse, ele poderia forçar a relação sexual que estaria tudo certo. Nessa linha de pensamento, esse motivo teria que ser justo para quem? Para o marido? Para o juiz que julgar o caso?

Acrescenta-se, como já foi dito, que até 2005²⁵⁴ havia a previsão da extinção da punibilidade do estupro caso o mesmo se casasse com sua vítima, hipótese essa que era amplamente aplicada pela jurisprudência, inclusive aos casos de união estável entre estupro e vítima²⁵⁵. Valorizava-se o casamento e a união estável em detrimento do bem-estar da mulher, afinal a moral era mais importante do que suas condições psíquicas e até mesmo físicas.

Outrossim, o jurista supracitado²⁵⁶ afirma

Muito se discute a respeito do emprego de violência física, para a realização da conjunção carnal. Em geral, argumenta-se com a necessidade de reduzir a vítima à incapacidade de resistir, o que seria difícil para a prática do ato sexual normal. Entendemos que a hipótese é aceitável. Na análise de casos concretos dever-se-á apreciar as condições pessoais de estupro e vítima para se saber se o primeiro teria condições de dominar a segunda apenas com o emprego de força física.

Ora, aparenta que o renomado doutrinador não levou em consideração o fato de que o corpo masculino é, em regra, mais forte fisicamente do que o feminino, que é possível usar uma série de artimanhas e objetos para não permitir a resistência da pessoa e que não é incomum a vítima ficar em estado de choque diante de uma situação de abuso.

Além disso, parece ser difícil para o homem compreender o que é estupro e sua gravidade. Por exemplo, Nucci²⁵⁷, coloca a seguinte hipótese:

Sob outro aspecto, por algum motivo pervertido, o ofendido não tem relação sexual consensual (fosse assim, seria fato atípico), mas é vítima de estupro (fato típico, tal como posto no art. 213). No entanto, sente-se prazerosamente bem durante o ato. Se tal situação ficar demonstrada, fica claro ter havido consentimento da vítima em relação ao estupro, o que representa causa de exclusão de ilicitude (exemplo disso, seria a vítima manifestar orgasmo, o que, no caso do homem, seria visível).

Mais uma vez aparece uma visão falocêntrica de sexo, que usa o falo como padrão e a vagina como desviante. Ademais, a quem caberia dizer se a vítima manifestou orgasmo? Ao seu estupro?

²⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 34.

²⁵⁵ Id. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 823.003-RS*, Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo.ea&acao=pesquisar&livre=estupro&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=&l=10&i=41>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

²⁵⁶ Ibid. p. 128.

²⁵⁷ NUCCI, op. cit., p. 51.

Acrescenta-se que pode ocorrer da vítima fingir prazer para que o ato demore menos e conseqüentemente seu sofrimento seja menor.

Por outro lado, Nucci²⁵⁸ e Greco²⁵⁹ fazem questão de mencionar o conto bíblico da mulher de Potifar, no qual uma mulher acusa um homem inocente de estupro, para alertar “que o julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos relatados pela vítima são verdadeiros, ou seja, comprovar a verossimilhança de sua palavra, haja vista que contradiz com a negativa do agente.”²⁶⁰ O curioso é que em outros crimes como roubo e furto não há esse mesmo questionamento doutrinário acerca da palavra da vítima, então fica a dúvida se tal falta de credibilidade ocorre em razão do crime ou do fato da maioria das vítimas serem mulheres e dos estupradores serem homens.

Entretanto, a jurisprudência pátria²⁶¹ entende de outra forma:

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido que, em crimes contra a dignidade sexual, nos quais dificilmente há testemunhas ou deixam-se vestígios, a palavra da vítima é elemento de convicção de alta importância. Precedente (STJ, HC 259092/MG, 6ª T, Relª Assusete Magalhães, 6ª T, Dje 3/4/2013).

Outrossim, quanto à vítima que se prostitui, Nucci afirma: “O crime cometido a *quatro paredes*, sem testemunhas, baseia-se, muitas vezes, na palavra da vítima; quando esta, por seus hábitos, não goza de plena confiabilidade, torna-se complicada a produção da prova do estupro.”. Ou seja, por mais que na teoria ele admita a possibilidade do cometimento do delito em tela em face da prostituta, na prática ele a desacredita, a diminui, coloca-a como ser inferior, bem como fazia Hungria, impossibilitando uma condenação. Novamente o julgamento recai sobre a vítima e não sobre o acusado. Talvez seja mais fácil para alguns terem empatia com o acusado do que com a vítima.

Com intuito de demonstrar que a tolerância ao estupro não é só doutrinária, mas também social, colaciona-se o seguinte trecho de um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao julgar uma apelação de uma sentença do Tribunal do Júri, prolatada em 2017:²⁶²

Materialidade e autoria comprovadas, uma vez que, em crimes sexuais, a palavra da vítima exibe importância preponderante, sobretudo quando estruturada no tempo e no espaço. Decisão dos jurados quanto ao homicídio e a um dos estupros que, sem qualquer respaldo no contexto probatório, especialmente diante da prova

²⁵⁸ NUCCI, op., cit. p. 44.

²⁵⁹ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9. ed. Impetus: Niterói, 2015, p. 743-744.

²⁶⁰ Ibid., p. 744.

²⁶¹ Ibid.

²⁶² BRASIL, *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. APELAÇÃO 0000337-67.2015.8.19.0063, Relator: Desembargador Carlos Eduardo Freire Roboredo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

testemunhal e do depoimento da ofendida, acabou por absolvê-lo, embora tenha reconhecido a materialidade e a autoria delitivas.

Apesar de toda a luta do movimento feminista e de todo o avanço social em prol do tratamento igualitário entre os gêneros, percebe-se que o estupro ainda é tolerado e que a cultura do estupro²⁶³ se faz presente mesmo nos dias atuais.

Por conseguinte, a vontade feminina mais uma vez é silenciada, seu corpo mais uma vez violado e sua dor ignorada. Portanto, é necessária uma releitura desse crime que considere a real gravidade de tal ato, que reconheça os direitos das mulheres sobre o seu próprio corpo e que não use de falsos moralismos para justificar o injustificável.

3.3. Estupro: uma necessidade de releitura

Iniciar-se-á este título com a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça²⁶⁴, sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, que afirmou:

Sem embargo, o Tribunal estadual emprega argumentação que reproduz o que se identifica como a cultura do estupro, ou seja, a aceitação como natural da violência sexual contra as mulheres, em odioso processo de objetificação do corpo feminino. Reproduzindo pensamento patriarcal e sexista, ainda muito presente em nossa sociedade, a Corte de origem entendeu que o ato não passou de um "beijo roubado". A propósito, deve-se ter em mente que estupro é um ato de violência (e não de sexo). (...) Acrescento que toda a violência narrada foi desconsiderada para dar lugar à revitimização da adolescente abusada, bem como ao apoio à cultura permissiva da invasão à liberdade sexual, em regra, contra as mulheres. Em verdade, o ato narrado nos autos não foi punido por não ser considerado grave, o que, a meu ver, atenta contra a razão e o bom senso.

Tal trecho trouxe a lume a existência da cultura do estupro também no cenário atual do direito, bem como reconheceu que ainda há julgados nacionais que reproduzem pensamentos patriarcais e sexistas, objetificando o corpo feminino e naturalizando a violência sexual contra as mulheres. O fato dessa opressão ter sido reconhecida por um Tribunal Superior é uma importante vitória do feminismo.

Todavia, outras conquistas ainda são necessárias, tais como uma visão doutrinária desprovida de preconceitos e uma maior importância às vozes e anseios femininos. Sobre isso, Mendes²⁶⁵ traz a seguinte crítica:

²⁶³ CULTURA DO ESTUPRO, op. cit., nota 15.

²⁶⁴ BRASIL, op., cit., nota 250.

²⁶⁵ MENDES, op., cit., nota 224.

Entre as doutrinas dos que viveram no século passado, e as posições públicas dos que delas ainda se alimentam em pleno 2017, sugiro seguirmos um caminho mais crítico e pensar que a interpretação do que é um crime de estupro centra-se mais no que os homens definem como o que é sexualidade do que na experiência das mulheres com o que é uma violação.

Dessa maneira, essa nova visão do direito penal não deve estar dissociada da antropologia, da sociologia e da filosofia, uma vez que o direito é fato, valor e norma, conforme lição clássica e atual de Reale²⁶⁶.

Sob o ponto de vista da antropologia, Machado²⁶⁷ ao fazer uma análise entre masculinidade, sexualidade e estupro, chega a seguinte conclusão:

Do estupro realizado tipicamente nas ruas, onde não importa quem é a mulher, mas apenas se busca a disponibilidade do corpo, ao estupro que nomeia como objeto uma mulher específica, a virilidade oscila entre a reafirmação por excesso da concepção da sexualidade masculina como único lugar de iniciativa e do apoderamento sexual do corpo do outro e o uso da concepção da sexualidade masculina como instrumento de reafirmar o poder social sobre o gênero feminino. A metáfora sexual serve à metáfora social na reafirmação do englobamento hierárquico do lugar simbólico do feminino em relação ao lugar simbólico do masculino.

Portanto, como nos fala a referida a autora²⁶⁸, o lugar que é relegado à mulher no estupro é de objeto, que é pensado pelo masculino no trânsito da ideia do maculável e do imaculável, enquanto essa classificação não é aplicada aos homens. A virilidade está atrelada ao apoderar-se do corpo feminino e sua negativa, até mesmo seu medo, excitam ao invés de afastar. Nas palavras dela²⁶⁹: “O estupro é muito mais o lugar do exercício da afirmação da identidade masculina especular, em que a subjugação do corpo da mulher reassegura sua identidade masculina e reafirma o caráter sacrificial dos corpos das mulheres.”

Nesse ínterim, há uma transgressão em tirar essa mulher da posição de objeto e colocá-la em um lugar de fala. O conceito de lugar de fala está relacionado com a quebra da ideia de uma história única, de uma voz única, para dar lugar a uma multiplicidade de vozes, como explica Ribeiro²⁷⁰. É preciso que o homem, que está em uma posição de privilégio, reconheça isso e aprenda a ouvir. Além disso, ele pode usar os espaços que tem para “dar voz a quem não teve”.²⁷¹

²⁶⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59-60.

²⁶⁷ MACHADO, Lia Zanotta. Masculinidade, sexualidade e estupro: As construções da virilidade. *Cadernos Pagu, Campinas*, n. 11, p. 231-273, jan. 2013. ISSN 1809-4449. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8634634/2553>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

²⁶⁸ Ibid..

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ RIBEIRO, Djamila. *Entrevista concedida à Caros Amigos*, em 18 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.carosamigos.com.br/index.php/grandes-entrevistas/9930-djamila-ribeiro-o-lugar-da-fala-e-outros-lugares>>. Acesso em 06 dez, 2017.

²⁷¹ Ibid.

Para que isso seja possível revela-se também indispensável uma reestruturação da masculinidade. A construção social patriarcal de que o homem só é macho se impõe suas vontades, mesmo que para isso utilize a violência como método de poder, deve ser imediatamente revista.

Outrossim, é necessário ainda uma conexão entre o direito penal e os direitos humanos, para que o primeiro absorva o chamado por Vieira²⁷² de “direitos humanos das mulheres”, expressão que condensa o encontro entre o ativismo feminista em interlocução com o direito. Ademais, dentro do campo dos direitos humanos, tal locução realiza um processo de especificação dos sujeitos titulares de direitos.

Dessa forma, é importante ressaltar que estão em vigor atualmente no ordenamento jurídico brasileiro dois tratados internacionais sobre os direitos humanos das mulheres: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). A primeira entrou em vigência em 1984 e em, enquanto que o segundo foi acrescentado ao direito nacional em 1995.²⁷³

Cabe destacar que o art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher²⁷⁴ afirma que discriminação contra a mulher é:

toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Por outro lado, a Convenção do Pará²⁷⁵ conceitua como violência contra a mulher como “qualquer ação, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público, como no privado”. Ademais, em seu preâmbulo ela reconhece que “a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”.

²⁷² VIEIRA, Miriam Steffen. Concepções de Violência Sexual e Direitos das Mulheres: do “Defloramento” ao “Estupro”. *Cadernos do LEPAARQ*, Pelotas, v.4, n. 7/8, Ago/Dez 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/lepaarq/article/view/1195/989>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

²⁷³ MONTEBELLO, Mariana. A Proteção Internacional aos Direitos Da Mulher. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.3, n.11, 2000. Disponível em:

<https://emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_115.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁷⁴ BRASIL. *Decreto nº 4.377, de 13 de set. de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em 01 mar. de 2018

²⁷⁵ Id. *Decreto nº 1.973, de 1º de ago. de 1996*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em 01 mar. de 2018

Desse modo, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal confere status de norma supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos²⁷⁶. Portanto, parece óbvio afirmar que as leis penais devem ser feitas pelo legislativo, interpretadas pela doutrina e aplicadas pela jurisprudência de forma a respeitar as referidas convenções e coibir qualquer tipo de discriminação ou violência contra o gênero feminino.

Nessa linha de pensamento, para situar o mencionado diálogo entre o feminismo e o direito, Vieira propõe uma noção de “feminismo de direitos”, como uma estratégia política de visibilidade social que buscou garantias de direitos de igualdade entre os sexos, priorizando uma agenda de “violência contra a mulher”, a partir do fim dos anos 70.²⁷⁷ Acrescenta-se que há no contexto brasileiro uma polarização entre os direitos individuais das mulheres, de um lado, e o predomínio da família do outro, sendo certo que no segundo caso, a garantia dos direitos individuais femininos é engolida na noção de família.²⁷⁸

Tendo isso em vista, é oportuno comentar a visão de Baratta²⁷⁹ que entende que o sistema de controle dirigido exclusivamente à mulher, no seu papel de gênero, é o informal, aquele que se faz na família. Ademais, ele ainda acrescenta: “Esse mesmo sistema vem exercitado através do domínio patriarcal na esfera privada e vê a sua última garantia na violência física contra as mulheres.”. Quanto ao sistema penal, esse age na esfera pública e contribui, inclusive de modo integrativo, com esse sistema não formal que age na esfera privada, através da reprodução das relações desiguais de gênero.

Smart²⁸⁰ afirma que o direito é sexuado, isso porque com a diferenciação entre homens e mulheres, coloca-se em posição desvantajosa as últimas, dando-lhe menos recursos materiais ou julgando-as com standards distintos e pouco apropriados, ou negando-lhes igualdade de oportunidades, ou, ainda, não reconhecendo os danos que elas sofrem ao se dar vantagem a eles. Além disso, defende a teoria do ponto de vista feminista, que na prática, como explica Baratta²⁸¹, é transformar ou substituir os sistemas masculinos por meio do emprego dos instrumentos de conhecimento e ações socialmente conferidas às mulheres.

Nesses moldes, Baratta defende “que uma criminologia feminista pode desenvolver-se, de modo cientificamente oportuno, somente na perspectiva epistemológica da criminologia crítica.” Desse modo, o mesmo autor continua:

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343-1/SP*. Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 01 mar. de 2018.

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ BARATTA, op., cit., nota 220.

²⁸⁰ SMART apud BARATTA, op., cit., nota 220.

²⁸¹ BARATTA, op., cit., nota 220.

As variáveis representadas, no plano material, pelas posições sociais, e, no simbólico, pelos papéis interpretados, são a chave através da qual a criminologia crítica decifra o funcionamento seletivo do sistema da justiça criminal. (...) O sistema da justiça criminal, portanto, a um só tempo, reflete a realidade social e concorre para a sua reprodução.”

Tendo isso em vista, o citado autor alega que a criminologia crítica e a feminista não são duas coisas distintas, devem necessariamente constituir uma única.

Quanto ao crime de estupro, tais considerações são ainda mais relevantes pela gravidade do dano na mulher estuprada e por todo um processo de humilhação, silenciamento e opressão patriarcal dessa e de todas as outras quando o juiz julga a vida pretérita da vítima e não o ato do réu. Ou ainda, quando o doutrinador demonstra mais empatia com o estuprador do que com sua vítima por uma questão de gênero.

Comentando um caso famoso de estupro coletivo, a atual presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, escreveu em nota divulgada “Repito: à nós mulheres não cabe perguntar quem é a vítima: é cada uma e todas nós. Nosso corpo como flagelo, nossa alma como lixo.”²⁸²

Por consequência de tudo o que foi falado, é necessária uma releitura do direito penal, em relação ao referido delito, que proporcione uma mudança nos paradigmas doutrinários e jurisprudenciais que enxergam a mulher como mero objeto de direito. É preciso desconstruir a teoria penal baseada em um olhar e uma voz uníssona masculina e construir outra multifocal e plurisubjetiva que inclua o feminino sem considerá-lo como desviante.

O olhar masculino não é imparcial, e tratá-lo como tal é uma falácia que desvaloriza e oprime o feminino. É imprescindível que os homens reconheçam seus privilégios gerados por toda uma história de opressão feminina, tenham empatia, as deixem falar e aprendam a ouvir, especialmente quando se tratar de um crime cuja grande maioria das vítimas é do gênero feminino. As mulheres precisam ser escutadas, respeitadas e consideradas na formação do direito pátrio, não devem ser tratadas como cidadãs de segunda classe ou seres incapazes de serem racionais ou mesmo objetos a serem utilizados pelos homens como meio de satisfazer suas necessidades sexuais.

A mente feminina não deve ser subjugada. O corpo feminino não deve ser violado. A sexualidade feminina não deve ser oprimida. A dor feminina não deve ser menosprezada. A voz feminina não deve ser calada. Mulher não é lixo, mulher é gente, e merece o mesmo respeito que qualquer outro ser humano.

²⁸² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Nota divulgada pelo Jornal El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/29/politica/1464539374_861298.html>. Acesso em: 06 dez. 2017.

Nós vamos falar, e se a sociedade não quiser ouvir, vamos gritar, cada vez mais alto, quem sabe morramos gritando, na esperança de que um dia os ecos de nossos gritos sejam ouvidos e sentidos por todos.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou destrinchar a relação entre estupro e gênero, para responder a uma simples questão: o estupro é uma questão de gênero?

Em um primeiro momento realizou-se uma breve introdução sobre sexualidade para demonstrar como a repressão sexual foi utilizada como forma de opressão e controle dos homens sobre as mulheres. Ademais, foi demonstrada a existência de uma certa tolerância a determinados comportamentos sexuais abusivos masculinos e uma tendência de culpabilização da mulher vítima de estupro.

Posteriormente foi apresentada uma análise histórica do estupro como crime nas legislações penais brasileiras, dando especial ênfase na Lei Maria da Penha. Essa norma representou verdadeira quebra de paradigmas na forma como o direito brasileiro enxerga o gênero feminino. A mulher finalmente ganhou voz.

Outrossim, trouxe-se a lume as mudanças colocadas pelas Lei nº 11.101/05 e Lei nº 12.015/09. A primeira retirou do ordenamento a odiosa figura da “mulher honesta”, enquanto a segunda, entre outras modificações, passou a considerar os delitos sexuais como crimes contra a dignidade sexual e não mais como crimes contra os costumes. Mudou-se o bem jurídico protegido pela norma, o que foi um grande passo rumo a valorização da vítima de estupro como sujeito de direitos.

No segundo capítulo, delineou-se as diversas faces do princípio da isonomia e seu desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro, através de um panorama histórico. Após isso, foi feito um paralelo entre tal princípio e o movimento feminista com o objetivo de constatar que o feminismo visa a igualdade material entre homens e mulheres, de modo que as diferenças biológicas, psicológicas, históricas, sociais e culturais não sejam negadas.

Diante de tal ponto, foi importante mostrar o feminismo como um movimento plural que busca a emancipação feminina de uma narrativa patriarcal dominante. Por meio de nomes pioneiros como Mary Wollstonecraft, Simone de Beauvoir e Judith Butler denunciou-se a posição marginal em que a mulher é colocada pela sociedade. Por intermédio de autoras atuais como Chimamanda Ngozi Adichie e Djamilia Ribeiro foi demonstrada a relevância de um feminismo interseccional, que apresente recortes de raça, de classe, de etnia, de sexo e de região, de orientação sexual, considerando os diferentes processos de socialização que cada mulher vivenciou, de forma a torná-lo inclusivo e efetivo.

Após todo esse percurso, questionou-se a suposta neutralidade do Direito para afirmá-lo como aliado do sistema patriarcal por seu caráter androcêntrico. Desse modo, foi consignada a necessidade de uma Teoria Feminista do Direito que rompesse com o meio tradicional de se produzir conhecimento científico, utilizando-se de um sujeito universal e abstrato, pois ele é excludente por deslegitimar certos discursos, especialmente os femininos. Por outro lado, constatou-se a pouca quantidade de mulheres nos Tribunais Superiores. Assim, o local de fala da mulher é, em grande parte das vezes menosprezado, quando não ignorado.

Em um terceiro momento, foi feita uma análise da doutrina e da jurisprudência tradicional para elucidar todos os preconceitos e estereótipos em relação a mulher que estavam arraigados no imaginário da época em que foi publicado o Código Penal de 1940. Contudo, o que trouxe surpresa foi o fato de que a doutrina contemporânea continua menosprezando a mulher, objetificando seu corpo, ignorando seus sentimentos e desconfiando de sua palavra, o que denota que o ponto de vista que merece respeito continua sendo unicamente o masculino. Acrescenta-se a constatação que muitas vezes o julgamento recaiu sobre a vítima e não sobre o acusado. Parece “ser mais fácil” ter empatia com o réu do que com a vítima.

Portanto, vislumbrou-se a patente necessidade de releitura do crime de estupro e do direito penal, de forma que os preconceitos sejam desfeitos e as vozes femininas tenham importância. Essa nova visão deve ser interdisciplinar, abarcando a antropologia, a sociologia, a filosofia e os direitos humanos, de modo a transgredir, retirando a mulher da posição de objeto e colocando-a em seu lugar de fala. O olhar masculino não é imparcial e tratá-lo como tal é oprimir a mulher. É preciso que o homem reconheça que está em uma posição de privilégio e aprenda a ouvir, mas para tanto é necessário também ressignificar a noção de masculinidade, porque o sistema patriarcal só reconhece o homem como “macho” caso ele consiga impor suas vontades.

Nessa linha de pensamento, é mister a presença de uma criminologia crítica feminista que substitua o sistema penal masculino, por um plural que inclua a voz da mulher.

Dito isso, retorna-se à pergunta inicial que permeou todo esse trabalho: o estupro é uma questão de gênero? Esse crime, uma vez que não é sexo, e sim uma imposição de poder por meio de violência ou grave ameaça, é consequência direta de uma sociedade patriarcal que produz uma masculinidade tóxica que invisibiliza as mulheres, calando-as, realizando-as como o outro e colocando-as em posição de mero objeto ao mesmo tempo que nega sua sexualidade.

Por fim, resta claro que a relação entre gênero e estupro é simbiótica e está calcada, principalmente, em um histórico de opressões às mulheres e em uma sociedade que tem dificuldades em mudar.

Nós já estamos falando, gritando para quem quiser ouvir que estamos aqui e que merecemos ser ouvidas e respeitadas. Estamos denunciando nosso histórico de repressão pelo patriarcado. Estamos reafirmando que o nossos corpos não devem ser violados. Estamos demonstrando nossa dor. Estamos lutando por reconhecimento. Estamos trabalhando, estudando, escrevendo trabalhos científicos, na esperança de um dia termos um futuro melhor em que sejamos reconhecidas como sujeito.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. Tradução. Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2015

BABILÔNIA. *Código de Hamurabi*. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana. In: *Criminologia e Feminismo*. CAMPOS, Carmen Hein (org). Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 27.

BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

BUSSADA, Wilson. *Código Penal Brasileiro*. v. 3. P. Especial. São Paulo: Guaíra Limitada. 1949.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BRASIL. *Código Criminal de 1830*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 07 mai. de 2017.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 24 ago. de 2017.

_____. *Código Penal de 1890*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 07 mai. de 2017.

_____. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 07 mai. de 2017.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 04 jul. de 2017.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 05 jul. de 2017.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 11 jul. de 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 11 jul. de 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 11 jul. de 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

_____. *Decreto nº 1.973, de 1º de ago. de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em 01 mar. de 2018

_____. *Decreto nº 4.377, de 13 de set. de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em 01 mar. de 2018

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc0169.htm>. Acesso em 14 jul. de 2017.

_____. *Lei nº 11.106, de 28 de mar. de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em 07 mai. de 2017.

_____. *Lei nº 11.340, de 07 de ago. de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 07 mai. de 2017.

_____. *Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 07 mai. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343-1/SP*. Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 01 mar. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.611.910-MT*, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 823.003-RS*, Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo.ea&acao=pesquisar&livre=estupro&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=&l=10&i=41>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 70.976-MS*, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270587%27>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *APELAÇÃO 000033767.2015.8.19.0063*, Relator: Desembargador Carlos Eduardo Freire Roboredo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_1_razao-e-sensibilidade.pdf>. Acesso em 23 ago. 2017.

COSTA, Elis Regina da; OLIVEIRA, Kênia Eliane de. *A sexualidade segundo a teoria psicanalítica freudiana e o papel dos pais neste processo*. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/rir/article/viewFile/20332/19287>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Bahia: Juspodivim, 2015.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Anuário das Mulheres Brasileiras. Disponível em: <http://www.campanhapontofinal.com.br/download/new_12.pdf>. Acesso em 22 ago. de 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
D'OLIVEIRA, Maria Cristina Barreiros. *Breve Análise do Princípio da Isonomia*. Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2017.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro (Comentado)*: Decreto-Lei nº 2848, de 1940. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*; tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 7 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/populacao-prisional/>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRIFFIN, Karen. *Violência de Gênero, Sexualidade e Saúde*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/csp/v10s1/v10sup1a10.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 7 ed. Niterói: Impetus. 2013.

_____. *Código Penal Comentado*. 9. ed. Impetus: Niterói, 2015.

_____. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>>. Acesso em: 07 mai. 2017

GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2001.

HARDING, Sandra; PEREIRA, Vera. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. Disponível em: < <http://www.legh.cfh.ufsc.br/files/2015/08/sandra-harding.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2017.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. LACERDA, Romão Côrtes; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. V.8 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2017.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Dossiê Mulher 2017*. Disponível em: <<http://www.ispdados.rj.gov.br/SiteIsp/DossieMulher2017.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*, 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. *Direito Penal: Parte Especial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*- Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. Disponível em: <http://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_IDENTIDADE_DE_G%C3%8ANERO__CONCEITOS_E_TERMOS_-_%C2%AA_Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

MACHADO, Eduardo Heldt; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Princípio da Igualdade: Evolução na Filosofia Jurídica e nas Constituições Brasileiras*. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5183/Princ%C3%ADpio%20da%20igualdade.pdf?sequence=1>>. Acesso em 11 jul. de 2017.

MACHADO, Lia Zanotta. Masculinidade, sexualidade e estupro: As construções da virilidade. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 11, p. 231-273, jan. 2013. ISSN 1809-4449. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8634634/2553>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

MACIEL, Alvaro dos Santos. *A evolução histórica do princípio da igualdade jurídica e o desenvolvimento nas constituições brasileiras*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8343>. Acesso em 05 jul. de 2017

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. *A evolução do princípio da igualdade e sua aplicação sob a ótica material na Constituição Federal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20924/a-evolucao-do-principio-da-igualdade-e-sua-aplicacao-sob-a-otica-material-na-constituicao-federal>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Soraia da Rosa. *Foi constrangedor, foi violento e foi estupro*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/04/foi-constrangedor-foi-violento-foi-estupro>> Acesso em 11 de out. de 2017.

MERLO, Ana Karina França. *Dos crimes contra os costumes à evolução dos crimes contra a dignidade sexual- As repercussões práticas da Lei 12.015/09 no Título VI do Código Penal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index?n_=revista_artigos_leitura&artigo_id=6855>. Acesso em: 28 ago. 2017.

MILLOT, Catherine. *Freud Antipedagogo*; tradução de Ari Roitman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. v. 2. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEBELLO, Mariana. A Proteção Internacional aos Direitos Da Mulher. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.3, n.11, 2000. Disponível em: <https://emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_115.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

NICOLITT, André. *Lei Maria da Penha, crimes sexuais e a proteção da mulher na infância e na juventude*. Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/lei-maria-da-penha-crimes-sexuais-e-a-protecao-da-mulher-na-infancia-e-juventude/>>. Acesso em 07 mai. 2017.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Crimes contra os costumes: Comentários aos Arts. 231 a 226, e 108 n. VIII do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1943

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

_____. *Código Penal Comentado*. 13 ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Crimes contra a dignidade sexual*- Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Juarez de. *Código Penal*. 29 ed. São Paulo: Saraiva.

OLIVEIRA, Laís Paula Rodrigues de; CASSAB, Latif Antonia. *O movimento feminista: algumas considerações bibliográficas*. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT10_La%C3%ADs%20Paula%20Rodrigues%20de%20Oliveira%20e%20Latif%20Cassab.pdf>. Acesso em 18 jul. de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Diretrizes Nacionais Femicídio: Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acesso em 23 ago.

PIMENTEL, Sílvia. *Estupro: crime ou 'cortesia'?* Abordagem sociológica de gênero. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 147.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel (coord); IKAWA, Daniela (coord); PIOVESAN, Flávia (Coord). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em 07 mai. de 2017.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *As Teorias Feministas do Direito e a Violência de Gênero*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 20-32, jan.-mar. 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Djamila. *Entrevista concedida à Caros Amigos*, em 18 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.carosamigos.com.br/index.php/grandes-entrevistas/9930-djamila-ribeiro-o-lugar-da-fala-e-outros-lugares>>. Acesso em 06 dez, 2017.

_____. *As diversas ondas do feminismo acadêmico*. Disponível em: <<https://www.carta-capital.com.br/blogs/escritorio-feminista/feminismo-academico-9622.html>>. Acesso em 19 jul.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. Revista de Informação Legislativa. v. 131.

_____. *Nota Divulgada pelo Jornal El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/29/politica/1464539374_861298.html>. Acesso em: 06 dez. 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

SANTOS, Susana Braz Silveira. *A mulher como vítima no delito de estupro*. 2017. 114 f. Trabalho monográfico (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

SOARES, Orlando. *Sexologia Forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 217.

STRECK, Lenio Luiz. “*Mulher pode recusar sexo; mas a negativa não pode ser mesquinha*”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-02/senso-incomum-mulher-poderecusar-sexo-negativa-nao-mesquinhasic>>. Acesso em 17 nov. 2017.

VIEIRA, Miriam Steffen. Concepções de Violência Sexual e Direitos das Mulheres: do “Defloramento” ao “ Estupro”. *Cadernos do LEPAARQ*, Pelotas, v.4, n. 7/8, Ago/Dez 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/lepaarq/article/view/1195/989>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reinvindicação dos Direitos das Mulheres: o primeiro grito feminista*. Tradução e notas: Andreia Reis do Carmo. São Paulo: Edipro, 2015.

ZINANI, Cecil Jeanine Albert. *Crítica feminista: Uma contribuição para a história da literatura*. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Web/978-85-397-0198-8/Trabalhos/18.pdf>>. Acesso em 19 jul. de 2017.

ZORNIG, Silvia Maria Abu-Jamra. *As teorias sexuais infantis na atualidade: algumas reflexões*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v13n1/v13n1a08.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2017.