

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES À AUTODETERMINAÇÃO E À PROTEÇÃO COMO LIMITES AO PODER PUNITIVO: REFLEXÕES SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO PENAL E SOBRE A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Soraia da Rosa Mendes[†]

Resumo: O objetivo do artigo é refletir sobre os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação e à proteção, enquanto vetores estruturantes a partir dos quais devem ser deduzidos os limites de atuação do poder punitivo nas situações que envolvem os direitos reprodutivos e a violência de gênero. Ou, mais especificamente, sobre o aborto, no Projeto de Novo Código Penal, e a violência doméstica e familiar contra a mulher, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: direitos fundamentais; aborto; violência; gênero.

FUNDAMENTAL RIGHTS OF WOMEN TO SELF-DETERMINATION AND PROTECTION AS LIMITS TO PUNITIVE POWER: REFLECTIONS ON THE CRIMINAL-

[†] Doutora em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora de Direito Penal e Constitucional, Universidade Católica de Brasília – UCB. Professora do PPG Mestrado em Direito do Instituto de Direito Público - IDP. Pesquisadora líder dos Grupos de Pesquisa Política Criminal e Direitos Fundamentais – UCB/CNPq, e Sistema Penal e Garantias Fundamentais – IDP/CNPq.

IZATION OF ABORTION IN DRAFT NEW PENAL CODE AND ON THE PROHIBITION OF DEFICIENT PROTECTION IN SUPREME COURT

Abstract: The objective of this article is to reflect on the fundamental right of women to self-determination and protection, while structuring vectors from which must be deducted the limits of performance of punitive power in situations involving reproductive rights and gender violence. Or, more specifically, on abortion, on Project New Criminal Code, and domestic and family violence against women, the jurisprudence of the Supreme Court.

Keywords: fundamental rights; abortion; violence; gender.

Sumário: Introdução; I. Breves notas sobre os direitos fundamentais; II. O direito fundamental das mulheres à autodeterminação e a necessidade de descriminalização do aborto: reflexões sobre o Novo Código Penal; III. O direito fundamental das mulheres à proteção contra a violência de doméstica e familiar: reflexões sobre a proibição de proteção deficiente no Supremo Tribunal Federal; Conclusão; Referências Bibliográficas; Notas.

INTRODUÇÃO



garantismo toma como única justificativa do direito penal a sua função de *lei do mais fraco*, em contraposição à *lei do mais forte*, que vigora na sua ausência. De modo que, o monopólio do poder estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da *anarquia punitiva* (FERRAJOLI, 2006, p. 312).

Desta forma, Ferrajoli define o direito penal como uma técnica de definição, de individualização e de repressão da desviação. Técnica esta que manifesta-se através de coerções e restrições aos potenciais desviantes, aos suspeitos de sê-lo, ou, ainda, aos condenados enquanto tais. As restrições são três, e correspondem, em igual número, aos momentos da técnica punitiva, ou seja, ao delito, ao processo e à pena (2006, p. 195).

O primeiro momento, do delito, consiste na definição ou proibição dos comportamentos legalmente classificados como desviantes e, assim, a uma limitação da liberdade de ação de todas as pessoas. O segundo momento, do processo, é o momento da sujeição coercitiva ao juízo penal de todos os suspeitos de haver violado as proibições penais. E o terceiro momento, o da punição, dos julgados culpados. Em síntese, trata-se de saber quando e como proibir, quando e como julgar, e quando e como punir.

De outro lado, os direitos fundamentais são (e se justificam enquanto tais) leis dos mais fracos em alternativa às leis dos mais fortes que vigorariam na sua ausência¹. Assim, em primeiro lugar estará o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a lei de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência contra a lei de quem é mais forte social e economicamente.

Como diz Ferrajoli (2011a, p. 107), é exatamente porque os direitos fundamentais são sempre leis dos mais fracos contra a lei dos mais fortes, que esses têm validade como direitos do indivíduo para proteger as pessoas também – e acima de tudo – contra as suas culturas, e, até mesmo, contra suas famílias: a mulher contra o pai e o marido, o menor contra os pais, e, em

¹ Importa frisar que Ferrajoli erige o papel dos direitos fundamentais enquanto *lei dos mais fracos* como um dos critérios para determinar quais direitos devem ser garantidos como fundamentais.

geral, os oprimidos contra suas culturas opressivas.

No campo penal, muito do debate feminista sobre os direitos das mulheres gira em torno do direito de decidir sobre a maternidade e sobre o direito de não ser vítima de violência. O que, para muitos, corresponde a uma pauta de reivindicações contraditória do movimento feminista, pois, ao mesmo tempo em que este reivindica de forma libertária a descriminalização do aborto (numa tendência abolicionista), assume uma postura punitivista, ao pleitear penas mais duras em casos de violência de gênero. Tal contradição, entretanto, é apenas aparente, e possível de ser desfeita quando a pauta de feminista é analisada sob a ótica dos direitos fundamentais.

Nesta ordem de ideias o presente artigo buscar refletir sobre direito fundamental das mulheres à autodeterminação e o direito fundamental das mulheres à proteção, enquanto vetores estruturantes a partir dos quais devem ser deduzidos os limites de atuação do poder punitivo nas situações que envolvem os direitos reprodutivos e a violência de gênero. Ou, mais especificamente, o aborto e a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para tanto, visando dar concretude às reflexões teóricas que se pretende lançar ao longo deste trabalho, abordar-se-á (a) a proposta relativa ao crime de aborto no âmbito do projeto de Novo Código Penal, em tramitação no Senado Federal (PLS 236), à vista da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os direitos sexuais e reprodutivos (ADPF n. 54); e (b) o direito fundamental das mulheres à proteção contra a violência de gênero, tendo em consideração o campo aplicação da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha (ADI 4424 e ADC 19).

I - BREVES NOTAS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Ferrajoli (2005, p. 89) responder à pergunta *o*

que são direitos fundamentais envolve uma abordagem que pode se dar sob quatro diferentes ângulos. Em primeiro lugar, segundo o autor, sob o ponto de vista da *justiça*, a interrogação é de tipo axiológico. Ou seja, a melhor pergunta é: *quais direitos é justo que sejam estabelecidos como direitos fundamentais?*

Para Ferrajoli (2005, p. 90) aqui a resposta é de tipo normativo, posto que depende de critérios meta-éticos ou metapolíticos – a convivência pacífica, a igualdade, a dignidade das pessoas, as suas necessidades vitais ou similares – idôneos para justificar a previsão de determinados interesses ou necessidades como direitos fundamentais. Nesse caso o fundamento dos direitos fundamentais é de ordem axiológica concernente aos valores ou princípios de justiça nos quais radicam os próprios direitos fundamentais.

Em segundo lugar está o ponto de vista da validade, do direito positivo, que corresponde a uma resposta de tipo empírico e assertivo, já que são fundamentais aqueles direitos que no ordenamento jurídico estão estipulados como tais. A origem está no ordenamento jurídico.

Sob este prisma, segundo o autor, são direitos fundamentais os postos na Constituição, assim como os decorrentes dos tratados e convenções internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ou a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres etc.

Em terceiro lugar o ponto de vista é o da efetividade, que corresponde, também, a uma resposta empírica e assertiva. Entretanto, a referência empírica não é constituída pelas normas, mas por aquilo que de fato acontece ou aconteceu no ordenamento em relação à concreta tutela, ou concreta violação dos direitos neste estabelecidos. O fundamento dos direitos fundamentais refere-se à origem histórica, ou o substrato sociológico das conquistas da civilização que eles próprios representam

(FERRAJOLI, 2005, p. 90-91).

Neste aspecto, as trajetórias do feminismo e do constitucionalismo se cruzam. Pois, a construção histórica dos direitos fundamentais não é meramente teórica, já que nenhum direito deste teor simplesmente “caiu do céu”. Eles, os direitos fundamentais, são o resultado de disputas políticas, sociais, econômicas etc. Ou seja, se trata de uma história escrita a partir de rupturas que, para alguns autores, vão desde a revolução americana e francesa, até as lutas operárias, pacifistas, ecologistas e, obviamente, sufragistas, feministas.

Para Ferrajoli existe, ainda, uma quarta resposta, dada pela teoria do direito, entendida por ele como “estipulativa e convencional”. Para o autor, direitos fundamentais “são todos aqueles que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos, ou enquanto seres capazes de agir” (2005, p. 92).

Esta última resposta não diz nada sobre os conteúdos dos direitos fundamentais, somente identifica sua forma e estrutura lógica. Por outro lado, ela diz que, se queremos garantir um direito como “fundamental”, devemos subtraí-lo da disponibilidade política e da disponibilidade do mercado, formulando-o na forma de uma regra geral válida para todos (FERRAJOLI, 2005, p. 93).

Para o autor a universalidade é a única técnica de tutela das necessidades e expectativas, quaisquer que sejam, veiculadas pelos direitos fundamentais. E isso, por três razões, que estão no plano da justiça, da validade e da efetividade.

A justiça está relacionada à igualdade, e refere-se ao fato de que, ao contrário dos direitos patrimoniais (por natureza, disponíveis e alienáveis) os direitos fundamentais são indisponíveis. A indisponibilidade dos direitos é o corolário de sua forma universal (FERRAJOLI, 2005, p. 99).

A validade centra-se no fato de que a forma universal de tais direitos representa a base para a sua garantia normativa.

Como diz Ferrajoli (2005, p.99):

Compostos por normas que estão estabelecidos em constituições rígidas supra-ordenadas à legislação ordinária, esses direitos não só são indisponíveis, como também funcionam como limites e restrições à legislação e, mais em geral, ao poder político da maioria, que não pode derogá-los. Desenham aquela que chamamos de “esfera do não decidível (que não)”. Precisamente os direitos de liberdade, consistindo em imunidades as quais correspondem proibições por parte do Estado, definem a esfera daquilo que nenhuma maioria pode decidir fazer (...).

A efetividade relaciona-se ao fato de que os direitos fundamentais, enquanto direitos universais, são normas, ou seja, regras gerais. E, portanto, exigem, como condições de efetividade, a introdução das respectivas garantias como leis de atuação. Como exemplifica Ferrajoli (2005, p. 102):

A existência de uma norma constitucional sobre o direito à saúde, por exemplo, não implica a existência das relativas garantias, se essas não tiverem sido introduzidas, na atuação de tal direito, com a instituição de serviços de saúde gratuitos para todos. Nem mesmo o homicídio seria punível por força da simples existência do direito à vida, se não fossem as leis penais e processuais que o preveem como delito e disciplinam a investigação e a punição.

No plano fático, todavia, sabemos que é possível que não existam –mesmo que deversem existir – obrigações ou vedações correspondentes a um direito fundamental, por causa da (indevida) inexistência da norma que os preveja. Esse era o caso, entre nós, do § 8º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, cuja concreção efetiva somente se dá em 2006, com a

promulgação da Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha.

Pode ocorrer também que não existam – mesmo que dessem existir – órgãos e procedimentos hábeis para declarar as violações, e aplicar as respectivas sanções, por causa, também da indevida inexistência de normas. E, além disso, também é possível que dado um direito fundamental, consistente em uma permissão (por exemplo a liberdade de manifestação de qualquer pensamento), exista – mesmo se não devesse existir, por força do princípio da não contradição – a vedação (ou a não permissão) do mesmo comportamento (por exemplo da manifestação de pensamentos vilipendiosos), por causa da (indevida) existência da norma que o prevê² (FERRAJOLI, 2005, p. 102-103).

Lacunas e antinomias são, portanto, possíveis. E, em alguma medida, até inevitáveis, dentro de um sistema nomodinâmico de direito positivo. Mas, é, nesse momento, que se há de exigir mais da ciência jurídica. Há de se exigir o cumprimento de um papel crítico de assunção do dever de detectar e atuar em direção às leis de atuação que a estipulação dos direitos fundamentais determina sejam produzidas.

Tendo em vista a concepção de que os direitos fundamentais são concebidos como aqueles que não estão dados à disponibilidade política, ou à disponibilidade do mercado, e que, a universalidade desses direitos, corresponde à indisponi-

² Entre nós este foi o caso da utilização do § 3º. do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) para o enquadramento de manifestações públicas em prol da descriminalização do uso da maconha. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente em 23 de novembro de 2011 a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4274-2, dando interpretação conforme à Constituição para excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da legalização ou descriminalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas.

bilidade, a limites, a restrições à legislação, e a reivindicação de leis de atuação, é possível traçar a configuração de *direitos fundamentais das mulheres*, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana abrange (embora a isso não se restrinja) a vedação da coisificação. Sendo que, em uma dupla perspectiva ontológica e instrumental, compreende a dimensão negativa (defensiva) e a positiva (prestacional). Na definição do Sarlet (2001b, p. 60), a dignidade da pessoa humana define-se como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Neste contexto, a dignidade possui uma dimensão dúplici-ce, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, bem como da necessidade de sua proteção (Sarlet, 2001b). E a garantia da dignidade humana reside nos direitos fundamentais que asseguram o respeito da identidade como pessoa. Respeito este que reclama tanto os direitos de liberdade, quanto os direitos sociais.

Temos assim, como garantia da qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, por um lado, os direitos de liberdade como todos os direitos à afirmação, à tutela e à valorização de todas as diferenças de identidade que fazem de homens e mulheres igualmente merecedores/as do

mesmo respeito e consideração por parte do Estado, da comunidade e da família. Por outro lado, os direitos sociais, o direito à sobrevivência (saúde, educação, alimentação, entre outros), que são todos direitos à redução das desigualdades nas condições de vida.

Todos os direitos fundamentais são (e se justificam enquanto tais), como ensina Ferrajoli, leis dos mais fracos em alternativa às leis dos mais fortes que vigorariam na sua ausência. E, nesta ordem de ideias, em primeiro lugar estará o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a lei de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência contra a lei de quem é mais forte social e economicamente.

Como diz Ferrajoli (2011a, p. 107), é exatamente porque os direitos fundamentais são sempre leis dos mais fracos contra a lei dos mais fortes, que esses têm validade como direitos do indivíduo para proteger as pessoas também – e acima de tudo – contra as suas culturas, e, até mesmo, contra suas famílias: a mulher contra o pai e o marido, o menor contra os pais, e, em geral, os oprimidos contra suas culturas opressivas.

Tomando a dignidade da pessoa humana³ como pano de fundo vê-se que, tanto o direito à autodeterminação, quanto o direito à proteção, se colocam como vetores estruturantes a

³ Segundo Ferrajoli são critérios meta-éticos e meta-políticos capazes de dar uma resposta racional – em sede de *filosofia política* e, mas amplamente, em sede moral e política – para a pergunta “quais direitos devem ser garantidos como fundamentais?”, além da dignidade da pessoa e a da igualdade, também a paz e a própria concepção dos direitos fundamentais como tutela dos mais fracos. Especificamente com relação à paz Ferrajoli afirma existir “uma relação biunívoca entre o grau de paz e o grau de garantismo para o suporte de todos estes direitos. Para ele, a paz é tanto mais sólida e os conflitos tanto menos violentos e chocantes – dentro das sociedades nacionais em nível internacional, na esfera pública e na esfera privada das relações interpessoais – quanto mais as garantias de tais direitos são extensas e efetivas” (FERRAJOLI, 2011a, p. 108).

partir dos quais devem ser deduzidos os limites de atuação do direito penal especificamente nas situações que envolvem os direitos reprodutivos e a violência de gênero. Ou, mais especificamente, o aborto e a todas as formas de violência física e sexual.

II. O DIREITO FUNDAMENTAL DAS MULHERES À AUTODETERMINAÇÃO E A NECESSIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: REFLEXÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO PENAL

A liberdade é um conceito fundamental para todos os juristas, entretanto, adquire relevo ainda maior para as mulheres, para quem configura liberdade de autodeterminação e auto-realização (PITCH, 2003, p. 262). Contudo, o conceito de liberdade tem um âmbito de aplicação quase ilimitado. Pois, quase tudo o que desde algum ponto de vista é considerado bom ou desejável é vinculado com ele.

Segundo Alexy (2002) é impossível caracterizar com maior precisão a conotação *emotiva* da palavra liberdade. Geralmente quem designa algo como “livre” não somente descreve, mas expressa uma valoração positiva, e cria em seus ouvintes um estímulo para compartilhar esta valorização. A conotação emotiva positiva relativamente constante pode ser vinculada com significados descritivos mutáveis. Quem deseja estimular alguém para que realize uma ação pode tentar fazê-lo dizendo que “liberdade” consiste em realizar esta ação. Enfim, liberdade é um conceito polissêmico.

Em termos mais restritos, entretanto, de acordo com Alexy, é possível falar em liberdade jurídica na exata medida em que esta liberdade configure uma alternativa de ação – termos em que se poderá falar de uma *liberdade negativa*. Assim, uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que não lhe estão vedadas alternativas de ação. Nas exatas palavras de

Alexy (2002, p. 214), “o conceito de liberdade negativa não diz nada acerca do que deve fazer uma pessoa livre no sentido negativo ou fará sob determinadas condições, tão somente diz sobre sua capacidade para fazer algo.”⁴

Liberdade positiva e liberdade negativa, nas acepções que lhe conferem Alexy, se diferenciam somente porque, na *liberdade positiva*, o objeto da liberdade é uma ação. Enquanto que, na *liberdade negativa*, consiste em uma alternativa de ação. E, é neste último aspecto que, como demonstrarei, a liberdade é elemento fundamental de limitação da atuação penal com relação às mulheres, pois, sob o prisma do direito das mulheres⁵, a liberdade se define no contexto de vidas concretas, e

⁴ Tradução livre

⁵ Segundo Tamar Pitch (2003, p. 261), o direito das mulheres se constitui como uma disciplina científica e acadêmica a partir dos fracassos das políticas de igualdade tanto formal quanto substancial e com um impulso cognoscitivo e político. Segundo ela, Tove Stang Dahl indica três fontes de conhecimento fundamentais para a construção da nova disciplina: as doutrinas jurídicas, os dados empíricos, e os valores morais e políticos. O direito das mulheres não pode tão somente inverter e atravessar os limites dos diversos ramos do direito, precisamente porque as vidas concretas das mulheres não se deixam encerrar nem compreender pelas rígidas regras do privado ou do direito público. Estas, de outro lado, devem ser entendidas – e aí a necessidade de recorrer a instrumentos das ciências sociais – e interpretadas politicamente à luz de valores como justiça e liberdade. E justiça e liberdade não são somente valores axiomáticos como nas doutrinas do direito natural, mas valores que se constroem “desde baixo”, quer dizer, cabendo admiti-los como resultados das experiências concretas e das valorações que emergem, tanto do movimento de mulheres em geral como de práticas específicas. Como exemplo destas últimas, Pitch cita o serviço de atendimento jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Oslo. De minha parte, faço referência ao Projeto de Extensão para o Atendimento a Mulheres em situação de Violência Doméstica, desenvolvido no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob a coordenação da Professora Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho. O projeto, desenvolvido em parceria com o Departamento de Psicologia Clínica da Universidade de Brasília, sob a coordenação da Professora Dra. Gláucia Ribeiro Starling Diniz, visa o atendimento a mulheres em situação de violência doméstica em uma perspectiva

na exata medida destas mesmas vidas. E é neste contexto que se coloca a discussão, no campo do direito penal, sobre a (des)criminalização do aborto.

O direito à autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe, é um direito que é, ao mesmo tempo, fundamental e exclusivo⁶ das mulheres porque forma um todo com a liberdade pessoal (autodeterminação) da mulher em optar em se tornar mãe ou não. Trata-se, portanto, de uma liberdade negativa, de uma alternativa de ação.

De fato, qualquer decisão heterônoma, justificada a partir de interesses estranhos aos da mulher, equivale a uma lesão do segundo imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio ou instrumento (neste caso, de procriação) para fins não próprios. Pois, enfim, diferente de outras proibições, a do aborto equivale a uma obrigação que é de tornar-se mãe, suportar a gravidez, dar à luz, criar um filho. E isso contrasta com todos os princípios liberais do direito penal. Conforme Ferrajoli (2010, p.85):

De fato, não somente se trata de uma liberda-

interdisciplinar que envolve a atuação tanto de profissionais e estudantes do Direito, quanto de profissionais e estudantes da Psicologia.

⁶ Segundo Ferrajoli o direito à autodeterminação em relação à maternidade constitui o único direito fundamental exclusivo das mulheres. Para o autor (2010, p.86), (...) el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal. No puede, por tanto, configurarse un «derecho a la paternidad voluntaria» análogo y simétrico al «derecho a la maternidad voluntaria», por la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina. Allí donde la decisión de traer o no al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría al mismo tiempo la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas.

de fundamental negativa (de não tornar-se mãe e, portanto, de abortar), mas uma imunidade contra construções e servidões pessoais que é complementar de uma liberdade positiva: o direito-poder de gerar, de trazer pessoas ao mundo, que é um poder por assim dizer *constituente*, de tipo pré ou meta-jurídico, posto que é o reflexo de uma capacidade natural inerente de maneira exclusiva à diferença feminina. Não se trata só de um direito de liberdade, como também de um direito-pretensão ao que devem corresponder obrigações públicas, concretamente exigíveis, de assistência e de cuidado, tanto no momento da maternidade como do aborto.⁷

Uma *injustiça*, como ensina Habermas (2003b) define-se a partir da exata medida em que a liberdade é limitada e a dignidade humana é atingida por restrições que retira dos/as “oprimidos/as” e “submetidos/as” a possibilidade de exercer sua autonomia privada e pública. Significa que os direitos fundamentais, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado à revelia das próprias envolvidas. Sem que estas articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Ou seja, que a autodeterminação seja elaborada a partir do que ela significa para as próprias mulheres.

Considerando o acima exposto, é de defender-se a tese de que, nos marcos de um Estado (Laico) Democrático de Direito, em que está garantida a liberdade (como direito à autodeterminação) a criminalização do aborto tal, como hoje prevista no Código de 1940, sequer foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Todavia, neste exato momento, o Brasil vive sob o clamor de uma ampla reforma no Código Penal. De modo que,

⁷ Tradução livre.

por vários meses, uma Comissão de Juristas⁸, convocada pelo Senado Federal, discutiu propostas para a elaboração de um anteprojeto, hoje em tramitação no Senado Federal como o projeto de lei 236, PLS 236.

Fala-se que é preciso *modernizar* nossa legislação penal. Entretanto, “modernizar”, a priori, é um termo vazio, que pode ser preenchido sob a ótica dos direitos fundamentais, ou com base em razões morais e religiosas. E, à vista do PLS 236, os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação e à proteção não foram a tônica. A proteção da mulher frente à violência praticamente não aparece no texto, e o exercício da liberdade/autonomia feminina ainda permanece criminalizado.

Segundo o art. 125 do projeto de lei é crime *provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque*. Para esse crime, a pena é de prisão, de seis meses a dois anos.

O aborto só não será crime quando houver risco à vida ou à saúde da gestante; quando a gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; quando comprovada a anencefalia, ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina (em ambos os casos atestado por dois médicos); ou, quando, por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, situação em que o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade. Ou seja, ressalvados estes quatro casos (previstos no art. 128 do anteprojeto), portanto, o aborto continua sendo crime.

Ocorre que, *data máxima vênia*, à luz da Constituição Federal, a manutenção do aborto como crime é juridicamente insustentável, em qualquer caso. Sendo, em especial, a quarta

⁸ Instalada em outubro de 2011 pelo requerimento RQS 756/2011, de autoria Senador Pedro Taques (MT), a Comissão de Juristas, apresentou no dia 9 de julho de 2012, ao presidente do Senado Federal, Senador José Sarney (AP), o anteprojeto de reforma à legislação penal brasileira.

hipótese descriminalizadora, no mínimo, tímida.

Lembre-se que, no julgamento da ADPF n. 54 pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Relator Min. Marco Aurélio, a discussão sobre a interrupção da gravidez, em caso de anencefalia, envolveria a *dignidade humana, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres*. Ou seja, direitos fundamentais das mulheres, cujo respeito é necessário para que se conforme o princípio da dignidade da pessoa humana.

É bem verdade que, assim como alguns outros/as Ministros/as, o Relator Min. Marco Aurélio, sustentou que não se estava a decidir de forma genérica sobre a *descriminalização* do aborto. Contudo, sob outro ângulo, é de observar-se que em sua fundamentação o Ministro poderia ter motivado a decisão na esfera do direito à saúde. O que, em princípio, bastaria. Mas, foi além. Restando claro que interromper uma gravidez não se trata somente de um direito à saúde, mas de uma ampla gama de direitos a serem considerados. Enfim, na concepção do aqui defendido, de direitos fundamentais das mulheres dentre os quais está o de autodeterminar-se.

O direito de livremente decidir sobre a maternidade trata-se de um direito fundamental e exclusivo das mulheres⁹. Um

⁹ Teço algumas breves considerações sobre o porquê de não ter incluído a prostituição neste contexto de autodeterminação, embora considere que a liberdade de dispor do próprio corpo por todos e todas que se prostituem seja hipocritamente mitigada. De início dispor do próprio corpo no que se refere à prostituição não é um direito fundamental exclusivo das mulheres, como aqui busquei traçar. Claro que, historicamente é notável a prostituição feminina, entretanto, o direito de dispor do próprio corpo sexualmente é um direito fundamental de todos e todas que, em sentido inverso, somente será exclusivo das mulheres se discriminatório em relação aos homens. No direito penal, desde o, ainda vigente, Código de 1940, a prostituição não é tipicamente feminina, tampouco considerada crime. E, desde 07 de agosto de 2009, com a modificação promovida pela Lei 12.015 o capítulo V, do título VI do Código Penal, que trata dos crimes contra a dignidade sexual, deixou

de referir-se ao lenocínio e ao tráfico de mulheres, para se referir ao lenocínio e ao tráfico de “pessoa” para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual) não punem a pessoa que comercializa sexualmente o próprio corpo, mas sim os exploradores, mediadores da prostituição. Enfim, a prostituição, ou melhor, a proibição da exploração desta, para fins penais, é destinada à proteção da dignidade sexual de todos e todas. Contudo, algo mais precisa ser dito para que não se tenha a falsa impressão de que a não punição da prostituição em si decorreu de uma opção de respeito a direitos fundamentais. Pelo contrário, ela representa mais uma face da coisificação promovida pelo patriarcado. Note-se bem que, Néelson Hungria, pai do Código Penal de 1940, e um dos mais festejados e, ainda hoje, citados penalistas brasileiros, em seus famosos Comentários ao Código Penal, esclarece o porque de não ser criminalizada a prostituição diretamente. Segundo ele (HUNGRIA, 1959, p. 269): “A nota diferencial, característica do lenocínio (em cotejo com os demais crimes sexuais), está em que, ao invés de servir à concupiscência de seus próprios agentes, opera em torno da lascívia alheia, da prática sexual inter alios. E esta é a nota comum entre proxenetas, rufiões e traficantes de mulheres: todos corvejam em torno da libidinagem de outrem, ora como mediadores, fomentadores ou auxiliares, ora como espectadores parasitários. São moscas da mesma cloaca, vermes da mesma podridão. No extremo ponto da escala da indignidade, porém, estão, por certo, os que agem *lucri faciendi causa*: o proxeneta de ofício, o rufião habitual, o ‘marchante’ de mulheres para as feiras de Vênus Libertina. De tais indivíduos se pode dizer que são os espécimes mais abjetos do gênero humano. São as tênias da prostituição, os parasitas do vil mercado dos prazeres sexuais. Figuras típicas da malavita. Constituem, como diz VIAZZI, um peso morto na luta solidária para a consecução dos fins coletivos. As meretrizes (segundo o tropo do padre VIEIRA) “comem do próprio corpo, e essa ignóbil caterva de *profiteurs* disputa bocados e nacos no prato de tal infâmia”.” Segundo Hungria, a prostituição, deve permanecer excluída da repressão penal, porque, mesmo sendo “um mal deplorável, não deixa de ser, até certo ponto, em que pese aos moralistas teóricos, necessário. Embora se deva procurar reduzi-la ao mínimo possível, seria desacerto a sua incriminação. Sem querer fazer-lhe o elogio, cumpre reconhecer-lhe uma função preventiva na entrosagem da máquina social: é uma válvula de escape à pressão de irrecusável instinto, que jamais se apaziguou na fórmula social da monogamia, e reclama satisfação antes mesmo que o homem atinja a idade civil do casamento ou a suficiente aptidão para assumir os encargos da formação de um lar. Anular o meretrício, se isso fora possível, seria inquestionavelmente orientar a imoralidade para o recesso dos lares e fazer

direito que expressa aquilo que Stuart Mill chamava de a “soberania” de cada um para decidir sobre a própria mente e o próprio corpo.

Por outro lado, e isso é vital mencionar, também está no

referver a libido para a prática de todos os crimes sociais” (HUNGRIA, 1959, P. 270). Subjacente a uma “defesa da prostituição” está uma razão fundada na coisificação da mulher sob o pretexto de preservar a família e a moralidade pública. A política criminal ao redor do tema prostituição gira, portanto, entre o moralismo e o paternalismo, na medida em que, como conclui Stellita (2007), nos casos em que a prostituição em si não é punida, existe dois níveis de fundamentação que dão suporte aos crimes que a envolvem indiretamente. O primeiro é moralista, pois afirma que a prostituição é ruim. E o segundo é paternalista, porque a proibição, embora sendo dirigida àqueles que vivem dos proveitos da prostituição alheia, é estabelecida para ‘proteger’ a prostituta de ter o que ela deseja, sob o fundamento de que o Estado sabe melhor o que é bom para ela, ou seja, “não ser uma prostituta”. Importante destacar também que, para a prostituição existem três regimes jurídicos: o proibicionista, o regulamentarista e o abolicionista. O proibicionismo (típico da período medieval) postulava a criminalização da prostituição. Já nos séculos XIX e XX, surgem o regulamentarismo e o abolicionismo. Este último em duas vertentes: o abolicionismo proibicionista e o abolicionismo liberal. O abolicionismo proibicionista nasce como uma reação às tentativas de regulamentar a prostituição. Os ditos abolicionistas, na verdade, entendiam que a regulamentação da prostituição significava um estímulo a mesma, e o objetivo principal deveria ser combatê-la. É bom mencionar, entretanto, que muitas feministas também pugnaram pela abolição da regulamentação, sustentando que o direito a uma sexualidade livre tanto para homens, quanto para mulheres. Nesta linha, juntamente com os anarquistas e libertários, as feministas formavam a vertente abolicionista liberal. Já os regulamentaristas defendiam a necessidade do controle sanitário e da contenção da prostituição (tida como um “mal necessário”) em certas áreas e locais. Para tanto seria necessária uma legislação especial, com características de controle policial e administrativo das prostitutas. No Brasil o regulamentarismo foi instituído por meio do Decreto 7.223, de 1935, que determinava a fiscalização dos meretrícios sob a competência da Delegacia de Costumes. Entretanto, em 1951, foi ratificada a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (promulgada em 1959, pelo Decreto 46.981). Desde este marco, nosso país aderiu ao abolicionismo.

voto que as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa impedem que o Estado *endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las*. Que a conciliação entre a liberdade religiosa e o Estado laico significa que *as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução*.

Ou seja, não é juridicamente possível que num Estado laico uma lei tenha como conteúdo uma concepção moral e religiosa. Muito menos é possível obrigar alguém a obedecer uma lei que parta daí.

A Constituição não diz quando começa a vida. Esta é uma construção moral/religiosa de cada um. E, diferente de qualquer outra proibição penal, como já disse Ferrajoli, a que se refere ao aborto equivale a uma obrigação. A obrigação de tornar-se mãe, de dar à luz, de criar um filho.

O Código Penal não pode ser um repositório de condutas morais e religiosas. A legislação penal tem por fim tutelar bens jurídicos definidos nos marcos de um Estado laico. Um Estado que precisa observar os direitos fundamentais, em particular, na seara criminal, para justamente poder afirmar-se como democrático.

É de concordar-se com a jurista italiana Tamar Pitch, quando diz que, para pensar o direito das mulheres, é preciso rever o campo de atuação do direito penal, e implodir velhas estruturas. A hipótese de não criminalização do aborto, proposta pela Comissão de Juristas, contudo, não implodiu a estrutura cerceadora da autonomia feminina que *sempre* marcou nossa legislação. Era necessário ir além.

O texto do projeto é, no mínimo, tímido, porque o condicionamento ao aval médico ou psicológico desconsidera a au-

to determinação da mulher, enquanto indivíduo capaz de, por si, decidir sobre a sua condição de arcar com a maternidade. E, no todo, é constitucionalmente insustentável em um Estado Laico.

III. O DIREITO FUNDAMENTAL DAS MULHERES À PROTEÇÃO CONTRA A VIOLÊNCIA DE DOMÉSTICA E FAMILIAR: REFLEXÕES SOBRE A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O reconhecimento dos direitos fundamentais é uma exigência da dignidade da pessoa humana que impõe ao Estado um dever maior do que o de meramente abster-se de afetar, de modo desproporcional e desarrazoado, a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. São exigíveis do Estado, também, ações positivas¹⁰ no sentido de assegurar a dignidade humana.

¹⁰ Como exemplos da conduta positiva exigida do Estado são recorrentes em nossa literatura constitucional as citações referentes ao sistema previdenciário, ao de seguridade social, à proteção da infância e ao adolescente ou ao idoso. Entretanto, se de um lado prisão não é (**e não pode ser**) política pública, de outro lado, o sistema carcerário não pode ser excluído das responsabilidades do Estado decorrentes da dignidade da pessoa humana. Considerar de forma diversa, com base no pressuposto de que o cerceamento de liberdade é uma indignidade por si só, é remeter a questão prisional para um limbo discursivo e constitucional. Exige-se do Estado, nesta ordem de obrigações, minimamente, que o sistema carcerário feminino não sofra das mazelas inerentes ao gênero, pois, no caso das mulheres, além de todos os malefícios decorrentes de um sistema prisional falido (BITTENCOURT, 2004), acrescem-se outros específicos da condição feminina, muito bem relatados por Olga Espinoza (2004), Ela Wiecko (2007) Barbara Soares e Iara Ilgenfritz (2002) e Carla Maria Petersen Herrlein Voegeli (2008). Conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em junho de 2012 existiam 31.552 mulheres custodiadas no sistema penitenciário em todo o Brasil. Eram 80 estabelecimentos penais, dos quais somente 19 com módulo de saúde feminino para o atendimento de gestantes e parturientes. Para todo este contingente de mulheres encarceradas eram, em todo o país, somente 18 médicos ginecologistas.

E, dentre estas ações está o dever proteção que outorga ao indivíduo o correspondente direito de exigir do Estado que este o proteja (ALEXY, 2002).

São variados os modos de realização desta proteção. Segundo Alexy (2002) a ação protetiva estatal pode concretizar-se tanto por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos ou até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos.

De um modo geral, incumbe ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos indivíduos, não somente contra ingerências indevidas de parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provenientes de particulares. Essa esfera protetiva toma especial relevo quando se trata de definir o que se deve exigir do Estado para que proteja a mulher vítima, ré ou condenada.

É dever estatal proteger todo/a aquele/a que está sob sua guarda. O que impõe o dever de adotar ações concretas para que normas de execução penal subterrânea¹¹ não submetam as presas ao tratamento desumano de, por exemplo, permanecerem algemadas no momento do parto.

De outra banda, o dever de proteção também se concretiza com a edição de normas penais e/ou processuais penais, como se deu com a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. A Lei Maria da Penha, como ficou conhecida, é fruto de um longo período de gestação, mas que foi positivamente destacado pelo amplo debate na esfera pública que lhe antecedeu, e pelo processo legislativo participativo impulsionado e acompanhado pela sociedade civil em todas as suas etapas.

Nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal de

¹¹ Conforme Lola Aniyar de Castro, embora proibidos pelo que a mesma denomina de sistema penal aparente, há procedimentos que nos marcos de um sistema penal subterrâneo a execução penal à margem dos direitos humanos e a imposição de sofrimentos físicos e morais que ultrapassam os previstos em lei. Ver: ANIYAR CASTRO, 2005, p. 132.

1988 compete ao Estado assegurar a assistência à família mediante mecanismos que coíbam a violência no âmbito de suas relações. E a Lei 11.340/06 é a norma que reconhece a violência doméstica e familiar contra a mulher como impeditiva ao exercício efetivo, dentre outros, dos direitos à vida, à segurança, ao acesso à justiça, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Prevendo, a partir deste reconhecimento, a criação de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, assim como a instalação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A partir da discussão sobre a Lei Maria da Penha o tema do direito de proteção foi objeto de julgamento¹², perante a

¹² No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proteção deficiente já era aventado desde o Recurso Extraordinário n. 418.376/MS, que teve como relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, julgado em fevereiro de 2006. Nestes autos, a partir de voto vista da lavra do Ministro Gilmar Mendes, com base neste princípio, assentou a incidência do direito penal no caso. Em linhas gerais, buscava-se com o RE extinguir a punibilidade de um agente condenado por atentado violento ao pudor, praticado contra uma menina de nove anos, de quem havia abusado por quatro anos e que, aos doze anos engravidou, momento a partir do qual iniciou-se, no dizer do recorrente, uma “união estável”. A partir desta trágica situação de fato, em seu voto o Ministro Gilmar Mendes, assim asseverou sobre o princípio da proibição de proteção deficiente: “Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: *Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode*

Suprema Corte Brasileira, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424/DF e da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19/DF¹³.

Na ADI n. 4424, ajuizada pelo Procurador Geral da Re-

advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador. (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180). (...)"

¹³ A Ação Declaratória foi ajuizada pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, em 19 de dezembro de 2007, com pedido de liminar, referente a preceitos da Lei nº 11.340/06, conhecida por "Lei Maria da Penha". A relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio. Em síntese a ação visou a declaração de constitucionalidade dos seguintes preceitos: Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Art. 33º Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente. Art. 41º Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995. Foram admitidas como *amici curie* o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Ipê – Instituto para a Promoção da Equidade, o Instituto Antígona e o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

pública, sustentou-se a tese de que a única interpretação compatível com a Constituição é aquela que entende ser o crime de ação penal pública incondicionada, pois interpretação contrária corresponderia à proteção deficiente dos direitos fundamentais das mulheres. Nos exatos termos da petição inicial, afirmou o Ministério Público que:

A interpretação que faz a ação penal depender de representação da vítima, por outro lado, importa em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, I) e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), à *proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais*, e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).

O Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2012, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico. E, nesta mesma oportunidade de julgamento conjunto, nos autos da ADC, manifestou-se o Ministro Luiz Fux dizendo que:

Uma Constituição que assegura a dignidade humana (art. 1º, III) e que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações (art. 226, § 8º), não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher. A impuni-

dade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao *princípio da proteção deficiente* (Untermassverbot). Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição), a Lei nº 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social. Por óbvio, todo *discrímen* positivo deve se basear em parâmetros razoáveis, que evitem o desvio de propósitos legítimos para opressões inconstitucionais, desbordando do estritamente necessário para a promoção da igualdade de fato. Isso porque somente é possível tratar desigualmente os desiguais na exata medida dessa desigualdade.

Importa lembrar, no que toca a violência doméstica e familiar, que, como diz Heleieth Saffioti (1995), as mulheres recebem desde o nascimento um treinamento específico para conviver com a impotência. Ou seja, a mulher aprende a suportar a violência específica que lhe é dirigida, principalmente no lar. As mulheres são educadas para ter um papel fundamental na manutenção da vida familiar. Em suma, como ressalta Gláucia Starling Diniz (2006, p. 238), as mulheres são:

ensinadas a se sacrificar e a negligenciar suas necessidades para apoiar as necessidades dos outros e para potencializar os projetos de vida do marido e dos filhos. O esquecimento de si e o cuidado com o outro passam a ser marcas registradas do comportamento das mulheres. Seu trabalho cotidiano é invisível, e com isso, aos poucos sua história e sua identidade vão se tornando também invisíveis, diluídas na vida dos outros membros da família.

Esse é o modelo prevalente de funcionamento, traçado para a mulher no contexto do patriarcado.

Impotência, nos termos de Saffioti, ou dependência, nos termos de Diniz, entretanto, não são características intrínsecas da mulher. Elas são decorrências de uma construção de gênero apoiada por uma estrutura social, econômica e legal da qual resulta uma forma de relação entre homens e mulheres marcada pela dominação de um sobre o outro (DINIZ, 2006).

Segundo Maria Amélia Teles e Mônica de Melo (2002) é de se entender por violência de gênero a relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Essa relação demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas (TELES e MELO, 2002, p. 18). Segundo as autoras a violência de gênero pode ser entendida como violência contra a mulher.

A dinâmica da violência contra a mulher é extremamente complexa. Observe-se, por exemplo, que segundo o Comitê responsável pelo monitoramento da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, na Recomendação Geral n. 19, sobre violência contra a mulher, a discriminação inclui a violência de gênero entendida como a violência dirigida especificamente contra a mulher por ser mulher ou que a afeta de maneira desproporcional. Essa violência inclui atos que causem ou possam causar dano ou sofrimento físico, sexual, ou psicológico às mulheres, incluindo ameaças, coerção e outras formas de liberdade.

A violência torna-se ainda mais complexa quando os agressores são homens com os quais as mulheres se relacionam afetiva e sexualmente. Os autores, nestes casos, conhecem bem as vítimas e seus pontos mais vulneráveis. Dominam a situação

e sabem como e onde ameaçá-las, como espancá-las, humilhá-las e cometer outras praticas de agressão e lesão. Sob esta ótica específica tem-se a violência doméstica e familiar que, entre nós, nos termos da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, ocorre tanto quando há violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.¹⁴

A prática ou o uso da violência contra a mulher constitui em um elemento fundamental para entender as desigualdades que caracterizam homens e mulheres em nossa sociedade (BANDEIRA e THURLER, 2009, p.162). No caso da violência doméstica o objetivo fundamental não é nem tanto, prioritariamente, o de ferir, mas o demarcar poder e autoridade, pois segundo BANDEIRA e THURLER (2009, p.163):

Fica evidente que o objetivo de tal conduta é

¹⁴ Conforme a Lei Maria da Penha (art. 7º) são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

a de introduzir o controle, o medo e, até mesmo, o terror na companheira, caso ela não siga as regras de conduta e dos mandatos que lhe são impostos pelo marido/companheiro. Em tais situações o fiel da balança centra-se nas ameaças constantes para manter o equilíbrio da situação de controle na conjugalidade. As consequências são imediatas e visíveis, com sofrimentos físicos e psíquicos (...)

Prosseguem BANDEIRA e THURLER (2009, p.164) dizendo que:

a especificidade das práticas de violência contra a mulher é lhes deixar bem explicitado quem é o detentor da autoridade no espaço doméstico-familiar e que a “sua” mulher deve estar submetida a tais normas, sabendo, inclusive, que a qualquer momento poderá prestar contas a seu marido/companheiro, caso ele assim o desejar.

O caráter histórico, social, cultural e familiar perverso da violência de gênero justifica seja o direito à proteção contra este tipo de violação um direito fundamental exclusivo das mulheres, no mesmo sentido do direito à autodeterminação, no que concerne ao aborto. É sob esse ponto de vista que devem circunscrever-se os limites de atuação da lei penal em relação às mulheres.

Dentro dos limites constitucionais, a resposta punitiva não pode ser mais do que um elemento excepcional, mas possível. Desta forma, é de considerar-se que o direito penal mínimo – que é o único direito penal possível em acordo com os princípios constitucionais (BARATTA, 2006, p. 149) – não retira do Estado e da sociedade a obrigação de empenharem-se na busca de soluções relativas a situações de violência e de violações de direitos, ou de resolver conflitos e problemas sociais que necessitam de respostas justas e adequadas (BARATTA, 2006, p. 149).

Nesse contexto, considerando que o direito penal (como de resto todo o Direito) reflete relações de poder hegemônicas, não é possível desconsiderar que os direitos tenham de ser tomados como uma proteção dos mais fracos contra os mais fortes dentre os quais está o Estado, mas não somente este. Perder direitos é perder poder e, conseqüentemente, proteção. Daí o porquê de ser necessário afirmar-se direito fundamental das mulheres à proteção, por menos efetivo que algumas vezes transpareça dada cultura machista ainda existente e, não raras vezes preponderante, no âmbito da cultura jurídica.

CONCLUSÃO

Segundo Zaffaroni é corriqueiro que os grupos que lutam contra a discriminação critiquem severamente o discurso legitimador do poder punitivo, mas, por outro lado, estes mesmos grupos não tardam em reivindicar o uso pleno daquele mesmo poder quando o assunto é a necessidade de combater a discriminação que sobre estes recai em particular. Essa aparente dissonância, para o autor, configura-se em uma armadilha neutralizante e retardatária, pois o poder punitivo opera sempre seletivamente, atuando conforme a vulnerabilidade e com base em estereótipos. A seleção criminalizante é o produto último de todas as discriminações (ZAFFARONI, 2001, p. 66).

Embora seja verdadeiro muito do que afirma Zaffaroni, parece mais adequado seguir os passos de Gerlinda Smaus quando diz que a violência contra as mulheres não pode ser um problema a ser debatido fora do âmbito do direito penal, por que isso só serviria para estabilizar mais as relações de poder. Para a autora (2008):

Do mesmo modo que os trabalhadores organizados tem tratado de buscar a tutela de seus interesses no direito, as mulheres não podem renunciar a este instrumento. (...) Em vez de adotar uma

posição defensiva, deve ter-se em conta que a melhora da situação das mulheres na organização jurídica e na sociedade tem um caráter progressivo: o movimento deve permanecer em movimento. O mesmo vale para o direito penal.¹⁵

De tal sorte a legitimação do direito penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição. Devendo a resposta punitiva dar-se em um marco conceitual a partir do qual será também possível contribuir com a construção de uma cultura garantista, entendida não somente como uma limitação formal que concerne unicamente à área penal, mas, sobretudo, como um projeto substancial, estendido a toda à política de proteção dos direitos, própria da sociedade democrática (BARATTA, 2006, p. 151).

De fato, a legitimidade do direito penal não é democrática no sentido de que provenha da maioria. Ela é, sim, *garantista*, na linha de que se assenta nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos. Assiste razão à Ferrajoli, quando diz que somente concebendo desta forma o objetivo do direito penal seja possível obter uma adequada doutrina de justificação e, conjuntamente, uma teoria garantista dos vínculos e dos limites – e, conseqüentemente, dos critérios de deslegitimação – do poder punitivo do Estado.

É bem verdade que uma apelação indiscriminada do discurso feminista, como de outros discursos contradiscriminatórios, ao poder punitivo pode reforçá-lo. Assim como também é verdadeiro que a sociedade hierarquizante pode tão somente incorporar tais discursos, limitar-se a reconhecê-los, usá-los para legitimar o próprio poder punitivo, e os neutralizar em seu potencial transformador (ZAFFARONI, 2001).

Sendo possível que, como também diz Zaffaroni (2001, p. 81), como poucas vezes na história, frente aos dados das

¹⁵ Tradução livre.

ciências sociais, o poder punitivo esteve tão carente de legitimidade e, como nunca, precisou racionalizar em altíssimo grau disparates políticos traduzidos em leis penais incoerentes, superabundantes, notoriamente ineficazes para seus propósitos declarados, meramente sensacionalistas e demonstrativas de uma quebra sem precedentes do poder dos Estados Nacionais.

Há, enfim, um risco de entregar ao poder punitivo certo grau de legitimidade, que talvez lhe faça falta.

Entretanto, o problema aqui trazido ao debate está em encontrar uma resposta que, de um lado, não seja *meramente* legitimadora do poder punitivo (do qual as mulheres são alvo quando se trata do direito à autodeterminação sobre o próprio corpo), mas que também não seja, por outro lado, a manutenção do déficit de proteção do qual as mulheres historicamente são vítimas (quando se trata da violência de gênero, especificamente a doméstica e familiar).

Na linha que defende Alessandro Baratta (1999b) a ampliação da perspectiva do direito penal constitucional enquanto uma política integral de proteção dos direitos significa também definir o garantismo tanto no sentido negativo, como limite do sistema positivo, isto é, como expressão dos direitos de proteção em relação ao Estado, mas também como um *garantismo positivo*.¹⁶

¹⁶ Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos, también de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella parte de ellos, que podríamos denominar derechos de prestación de protección, en particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictivos de determinadas personas. No se puede ignorar aquella parte de la inseguridad urbana debida efectivamente a comportamientos delictivos. No obstante, la necesidad de seguridad de los ciudadanos no es solamente una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización. La seguridad de los ciudadanos corresponde a la necesidad de estar y de sentirse garantizados en el ejercicio de todos los derechos: derecho de la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades, derecho a expresarse y a comunicarse, derecho a la calidad de vida, así

Enfim, com tudo o que foi acima exposto não é a intenção deste artigo a de, acriticamente, legitimar o direito penal, pois, sem exagero, o direito penal não é só a mais violenta forma de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, mas é também, seguramente – e talvez por isso mesmo –, a mais desastrosa forma de intervenção do Estado na vida social (QUEIROZ, 1998, p. 31). De maneira que restringir tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade.

Para as mulheres não se trata de abandonar, mas de (re)pensar a resposta punitiva de modo a que esta signifique não a mera defesa social dos interesses constituídos. Sendo tanto possível, quanto necessário, que os direitos fundamentais das mulheres sejam os fios condutores de um programa que se construa nos marcos de um direito penal mínimo.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Libertação*.

como el derecho a controlar y a influir sobre las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada uno. La relación existente entre garantismo negativo y garantismo positivo equivale a la relación que existe entre la política de derecho penal y la política integral de protección de los derechos. El todo se sirve de cada uno de los elementos que cada vez lo conforman, pero cada uno de estos elementos necesita del todo. Ver: FER-RAJOLI, 1999b, p. 110.

Rio de Janeiro: Revan, 2005.

-
- _____. *Criminología de los Derechos Humanos*: criminologia axiológica como política criminal. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.
- BANDEIRA, Lourdes. SIQUEIRA, Deis. A perspectiva feminista no pensamento moderno contemporâneo. In: Sociedade e Estado. *Feminismos e Gênero*. Brasília: Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília, 1997. Pp. 263-284.
- BANDEIRA, Lourdes. THURLER, Ana Liési. A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: LIMA, Fausto Rodrigues. SANTOS, Claudiene. *Violência Doméstica*: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. Pp. 159-167.
- BANDEIRA, Lourdes. A contribuição da crítica feminista à ciência. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 16, n. 1, Apr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000100020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04jul2012. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2008000100020>.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
-
- _____. O Paradigma do Gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999a. Pp. 19-80.
-
- _____. La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales. *Revista de La Facultad de Derecho de La Universidad de Granada*, n. 2, 1999b.

- _____. *Criminología y Sistema Penal: compilación in memoriam*. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 ago. 2006.
- _____. *Código Penal*. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n. 418.376/MS. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Relator p/ acordão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 09 fev. 2006.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade* n. 19/DF. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 19 dez. 2007.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n. 4274/DF. Plenário. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 23 nov. 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n. 4424/DF. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 09 fev. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* n. 54/DF. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 12 abr. 2012.
- CAMPOS, Carmen Hein de. CARVALHO, Salo. Tensões Atuais entre a Criminologia Feminista e a Criminologia Crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (org.) *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris,

2011. Pp. 143-169.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Um ano de Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=42036>. Acesso em: 27 out. 2007.

_____. Execução da pena privativa de liberdade para mulheres: a urgência de regime especial. *Justitia*, São Paulo, n. 64, p. 37-45, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25947/execucao_pena_privativa_liberdade.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 maio 2012.

DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling. PONDAAG, Miriam Cássia Mendonça. A Face Oculta da Violência contra a Mulher: o silêncio como estratégia de sobrevivência. In: DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling. et al (orgs.). *Violência, Exclusão Social e Desenvolvimento Humano: estudos em representações sociais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006. Pp. 233-259.

ESPINOZA, Olga. A Prisão Feminina desde um Olhar da Criminologia Feminista. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. Vol. 1. N. 1. Universidade Católica de Pelotas. Jan-Dez./2002. Pp. 35-59.

_____. *A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FACIO, Alda. CAMACHO, Rosália. Em busca das mulheres perdidas: ou uma aproximação crítica à criminologia. In: CLADEM. *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo, 1995. Pp. 39-74.

FACIO, Alda. *Cuando el Género Sueña Cambios Trae: metodología para el análisis de género del fenómeno jurídico*. San José: ILANUD, 1991.

_____. Feminismo, Género y Patriarcado. In: LORENA, Fries. FACIO, Alda (eds.). *Género y Derecho*.

- Santiago de Chile: LOM Ediciones: La Morada, 1999.
- FELDENS, Luciano. A Conformação Constitucional do Direito Penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Pp. 207-229.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005.
- _____. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Epistemología Jurídica y Garantismo*. Cidade do México: BEFDP, 2008.
- _____. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2010.
- _____. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta, 2010.
- _____. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.
- _____. *Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Vol 1. Teoría del derecho. Madrid: Trotta, 2011b.
- _____. *Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Vol 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011c.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.
- _____. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Esfera Pública e Direitos Fundamentais: estudos sobre a liberdade de comunicação*. Passo Fundo: Instituto Superior de Filosofia Berthier, 2008.

- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011.
- PITCH, Tamar. *Un Derecho para Dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *Responsabilidades Limitadas: actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 2003.
- _____. *Justicia Penal y Libertad Feminina*. In: BERGALLI, Roberto. RIVERA BEIRAS, Iñaki. (coords.). *Género y Dominación: críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona: Anthropos, 2009. pp. 117-126.
- SAFFIOTI, Heleieth I.B. ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência de Gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.
- SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001a.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001b.
- SMAUS, Gerlinda. Abolicionismo: el punto de vista feminista. Trad. Mary Beloff. en *No hay derecho*, Año III (7), 10-12. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA). Disponível em http://www.pensamientopenal.com.ar/dossier/0202%5B1%5D._Smaus.pdf. Acesso em: 18jun2008.
- STELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 179, p.17-18, out. 2007.
- STUART MILL, John. *A Sujeição das Mulheres*. Coimbra: Almedina, 2006.
- TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. *O Que é Violência contra a Mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.
- VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. *Criminalidade &*

Violência no Mundo Feminino. Curitiba: Juruá, 2008.

ZAFFARONI, E. Raúl. PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V.1. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio R. BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl. A mulher e o poder punitivo. In: CLADEM. *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo, 1995. Pp. 23-38.

_____. Discurso Feminista e Poder Punitivo. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Pp. 49-84.