

SISTEMA PENAL E DIREITOS DA MULHER*

MARIA LÚCIA KARAM

1. A lei penal e a superação da ideologia patriarcal — 2. As tendências criminalizadoras dominantes — 3. Linhas para uma reforma da lei penal — 4. Um novo tratamento penal para as questões ligadas à sexualidade e às relações familiares — 5. Conclusão.

1. A lei penal e a superação da ideologia patriarcal

A Parte Especial do Código Penal Brasileiro de 1940, ainda vigente, traz, em uma série de dispositivos (especialmente os que tratam da definição dos chamados crimes contra os costumes e dos crimes contra a família), a marca de uma concepção moral ultrapassada, claramente derivada da ideologia patriarcal, que, fundando-se nas relações de subordinação entre os sexos, reproduz as relações mais gerais de dominação e exclusão características de formações sociais fundadas na desigualdade.

O controle da sexualidade feminina, através de seu aprisionamento na função reprodutora, historicamente constitui, ao lado da centralidade do trabalho doméstico, um dos dois grandes eixos pelos quais se concretizam as relações específicas de dominação, estabelecidas no plano individual pela estruturação do patriarcado. Tal controle encontra na lei penal vigente largo campo de atuação, fazendo-se presente de forma mais visível na criminalização de condutas como as definidas nos tipos da sedução, do

rapto consensual, do adultério, ou do aborto consentido — objeto de questionamentos mais frequentes, seja por sua mais óbvia defasagem com o estágio atual de uma nova moral dominante, seja por, no caso do aborto, centralizar reivindicações descriminalizadoras dos movimentos feministas. Mas, a presença da ideologia patriarcal vai mais além, estendendo-se por todo o tratamento dado às questões ligadas à sexualidade e às relações familiares, do que talvez seja exemplo mais eloquente a diferenciação legal entre o estupro e o atentado violento ao pudor, que, até a alteração introduzida pela Lei 8.072/90, alcançava a própria valoração traduzida na medida da pena abstratamente cominada àquelas condutas.

Notadamente a partir do final da década de 70, com o ressurgimento dos movimentos feministas e a explicitação das relações específicas de dominação estabelecidas pela estruturação do patriarcado, registra-se considerável avanço nas lutas pelo reconhecimento e garantia dos direitos da mulher, pela superação da desigualdade e construção de uma nova forma de convivência entre os sexos, a naturalmente exigir uma ampla reformulação normativa.

Resultado desse avanço e dessa exigência se fez sentir na elaboração da Constituição Federal de 1988, funda-

* Este trabalho foi elaborado por solicitação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, destinando-se originalmente a consulta e debate por aquele órgão.

mentalmente através da consagração expressa da igualdade entre homens e mulheres (art. 5.º, inc. I) e da nova compreensão da família, traduzida no reconhecimento da união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidades familiares (art. 226, §§ 3.º e 4.º), no igual exercício de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5.º), na igualdade entre filhos havidos de qualquer relação (art. 227, § 6.º).

Tais princípios e regras constitucionais já permitem e impõem duas afirmações básicas. Em primeiro lugar, há que se reconhecer que a igualdade entre homens e mulheres não se compatibiliza com a existência de tipos penais relativos a ofensas à sexualidade, em que se vitimize apenas a mulher, impondo-se idêntica proteção à sexualidade de homens e mulheres.¹ Por outro lado, a nova compreensão da família tampouco se compatibiliza com a manutenção de uma proteção penal específica ao casamento.

A discussão do tratamento dado pela lei penal às questões ligadas à sexualidade e às relações familiares há que partir, portanto, desta orientação deduzida dos princípios e regras constitucionais mencionados, de forma a efetivamente romper com as marcas da ideologia patriarcal. Mas, mais do que isso, deve tal discussão se pautar pela busca de uma reforma da lei penal, que, não só atenda àquela orientação, mas também concretize a necessária realização da idéia de um Direito Penal mínimo, opondo-se e enfrentando as tendências criminalizadoras dominantes (presentes inclusive entre os movimentos feministas), de forma a efetivamente conduzir

à necessária redução do sistema penal, como passo indispensável para a superação das relações mais gerais de dominação e exclusão.

2. As tendências criminalizadoras dominantes

A manipulação do forte sentimento de insegurança e de um medo coletivo difuso, característicos das sociedades contemporâneas, produz crescentes preocupações com a criminalidade, trazendo uma conseqüente busca de segurança e repressão, que, constituindo fenômeno notado a nível mundial, adquire particular ressonância no Brasil.

O processo de isolamento individual e de ausência de solidarização no convívio social, acompanhado pelo enfraquecimento das normas e instituições do controle informal e pela crise econômica do capitalismo pós-industrial, com a desaceleração do ritmo de crescimento e a recessão nos centros dinâmicos da economia mundial (o desemprego estrutural nos países centrais dá o tom desta crise), decerto favorece uma tal manipulação.

Em tempos de crise econômica e social, cujos efeitos, naturalmente, se fazem sentir de forma muito mais grave em nossos países periféricos, o foco na criminalidade e a intensificação da repressão e do castigo se fazem especialmente necessários, não só para o conveniente desvio das atenções proporcionado pelas preocupações com o atrativo fenômeno do crime, como para a prevenção de reações sociais mais conseqüentes e transformadoras.² Hoje, no

1. Veja-se a respeito o artigo de Luiza Nagib Eluf, "O crime de sedução é inconstitucional", in *Boletim do IBCCrim*, ano 1, n. 5, jun./1993.

2. As épocas de deterioração econômica e social costumam se caracterizar, ao contrário do que se imagina, não por um aumento da criminalidade, mas pela intensificação da repressão. A respeito, veja-se o artigo de Dario Melossi, "El derecho como vocabulário de motivos: índices de cárcelación y ciclo político-económico", in *Poder y control*, n. 3, Barcelona, PPU, 1987, pp. 49/64.

Brasil, a manipulação dos sentimentos de medo e insegurança em relação à criminalidade, como meio de fortalecimento da repressão dirigida à prevenção de conflitos sociais transformadores, aparece de forma tão clara quanto descuidadamente pouco percebida: o crescente apelo a uma intervenção do Exército no combate à criminalidade, centralizado em bairros populares, parece não deixar dúvidas de que está prestes a entrar em cena o grande teatro do terrorismo oficial, de que fala Francisco Delgado Rosales.³

Tal manipulação alimenta e é alimentada por um clima de histeria e de pânico, que, nos últimos tempos, vem se concentrando em torno do mal definido e apressadamente identificado fenômeno da chamada criminalidade organizada. Embora, na realidade, as situações concretas e mais próximas de ameaça, neste campo, provenham da criminalidade convencional de massas, o discurso que acena com o fantasma da criminalidade organizada encontra forte receptividade, reforçando significativamente a busca irracional de maior repressão, de maior intervenção do sistema penal, a sustentar um generalizado elogio ao castigo e um renovado apelo à ordem, criadores de uma demanda ampliada de penas cada vez mais severas e de novos meios alegadamente mais eficazes de investigação, apresentados como indispensáveis para um suposto combate ao crime.

A partir da simplista e falsa identificação do fenômeno da violência com

a criminalidade, uma publicidade, tão enganosa quanto intensa, “vende” o sistema penal, apresentado-o como o produto destinado a fornecer as tão almejadas proteção, segurança e tranquilidade. A ocultação do caráter violento de outros fatos não criminalizados quantitativa e qualitativamente mais danosos, a divulgação sem bases reais da idéia de um aumento descontrolado da criminalidade, o enfoque globalizante, a dramatização e o aumento do espaço dado à notícia de crimes acontecidos, provocando sua percepção em intensidade maior do que a efetivamente existente na realidade e acabando por substituir riscos verdadeiros por riscos imaginários,⁴ constituem, entre outros fatores, o alimento desta publicidade tão eficaz que leva as próprias vítimas preferenciais, quer da repressão formal do sistema penal, quer da repressão informal desenvolvida à sua imagem e semelhança,⁵ a

4. Exemplo desta percepção distorcida foi revelado em pesquisa realizada pelo Instituto Databrasil, no Rio de Janeiro, em dezembro de 1992: os entrevistados apontaram Copacabana como o bairro mais violento da cidade, considerando Jacarepaguá o segundo bairro menos violento, enquanto a realidade, encontrada em dados da Secretaria de Polícia Civil, relativos ao período de janeiro a outubro daquele mesmo ano, registrava 17 homicídios em Copacabana e 109 em Jacarepaguá.

5. Ao contrário do que sustentam os que justificam o sistema penal como forma de contenção da repressão informal, o aprofundamento desta caminha junto com o maior rigor da repressão formal do sistema penal. A reação punitiva, levando à individualização e demonização dos autores de condutas criminalizadas selecionados pelo sistema penal, é que vai permitir e alimentar a violência punitiva realizada fora do direito, fundada na mesma idéia que sustenta a repressão formal, ou seja, a idéia de que é preciso combater o crime, segregar e eliminar os “delinquentes” — identificados como os inimigos, os maus, os perigosos — para que supostamente se restaurem a paz, a ordem e a segurança.

3. Consulte-se seu trabalho “Inseguridad ciudadana en Venezuela (1983-1986). Una perspectiva crítica del control social”, Maracaibo, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1988, sobre o interesse do Estado em demonstrar sua presença repressiva, em épocas de crise econômica e social, no que o autor chama de espécie de grande teatro do terrorismo oficial, preventivo de grandes conflitos sociais iminentes.

aplaudir e buscar a violência punitiva legal ou ilegal.

Mas não são só as vítimas preferenciais da violência punitiva — os membros das classes subalternizadas — que se deixam seduzir por esta publicidade enganosa. Setores mais conscientes e progressistas, igualmente incapazes de perceber a natureza perversa, seletiva e opressora do sistema penal, também são atraídos pelo apelo da repressão. Simplesmente reivindicando a extensão da reação punitiva a condutas que atingem bens sociais, não suficientemente protegidos na esfera penal, notadamente os abusos do poder político e do poder econômico, tais setores acabam por reproduzir o discurso dominante, trabalhando e compactuando com a essencialmente injusta individualização e demonização de um ou outro autor de condutas socialmente negativas, que, exemplarmente identificado como criminoso, passa a personalizar a figura do inimigo, do mau, do perigoso, com isso possibilitando a simultânea e conveniente ocultação da lógica e da razão de sistemas egoísticos e excludentes, que geram e incentivam aquelas condutas.⁶

Focalizando suas atenções naqueles que são selecionados para desempenhar o papel de criminoso, estes setores progressistas costumam ser tomados por um desenfreado furor persecutório, aplaudindo e regozijando-se com as excepcionais e raríssimas punições de um ou outro membro das classes dominantes

(ou de algum criminoso enriquecido e, assim, visto como poderoso), mesmo que impostas em detrimento de princípios de um direito garantidor. Perigosamente esquecidos dos riscos ao Estado de Direito embutidos no apelo e no aplauso à repressão penal, sequer conseguem perceber que, sendo a pena, em essência, manifestação do poder de classe do Estado é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder, servindo o excepcional sacrifício de um ou outro membro das classes dominantes unicamente para legitimar o sistema penal e melhor ocultar seu papel de instrumento de manutenção e reprodução da desigualdade e da opressão.

Como outros movimentos populares tradicionais, que expressam reivindicações e aspirações de grupos sociais específicos, os movimentos feministas, ao mesmo tempo que elaboram propostas descriminalizadoras, como no caso do aborto, seguem, por outro lado, aquela linha predominante entre os setores progressistas, desejando e aplaudindo punições exemplares para autores de atos violentos contra mulheres, pretendendo maior proteção aos direitos da mulher através da criação de novos tipos penais, trabalhando com a lógica seletiva, opressora e perversa com que opera o sistema penal, ingenuamente acreditando na simplista e falsa solução penal.

3. Linhas para uma reforma da lei penal

Pensar em uma reforma da lei penal, que se comprometa com a superação das relações de dominação e exclusão, implica, antes de tudo, em superar estas tendências criminalizadoras, para efetivamente concretizar a idéia da intervenção mínima, como um passo no caminho da abolição do sistema penal, exigência indispensável à construção de uma sociedade, que se deseje fundada

6. Este processo se reproduz mesmo quando se pretende, como nos delitos socioeconômicos, trabalhar com a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, pois a individualização e a demonização são características inerentes à reação punitiva. Empresas ou instituições também podem perfeitamente ser individualizadas e demonizadas, de igual forma se ocultando, através destes mecanismos ideológicos, a lógica e a razão do sistema gerador e incentivador dos abusos do poder realizados em atividades desenvolvidas naqueles organismos.

na igualdade, na liberdade, na solidariedade e na participação, sociedade que, para realmente traduzir estes princípios, não pode reproduzir as características perversas inerentes àquele sistema, marcado pela violência (sob a forma de deterioração moral, privação da liberdade e morte) e pela injustiça (fundamentalmente derivada de sua necessária seletividade).

A concepção tradicional do Direito Penal como *ultima ratio*, reservado à punição apenas de lesões a deveres ético-sociais fundamentais, à proteção dos mais importantes e não de todos os valores definidos pelos objetivos de uma dada formação social, assim como seu caráter acessório, subsidiário e fragmentário,⁷ precisam ser resgatados, através de um amplo processo de descriminalização e da efetiva observação dos princípios limitadores do processo de criminalização, nesta etapa em que, não sendo possível a abolição do sistema penal (necessariamente condicionada a transformações sociais mais profundas), a perspectiva de redução da violência e da injustiça geradas pela intervenção do poder punitivo é limitada, devendo ter como meta tão-somente a efetiva concretização de um Direito Penal mínimo.

A realização da idéia de intervenção mínima não é compatível com as propostas de extensão da reação punitiva a condutas que atingem bens sociais, tradicionalmente não protegidos na esfera penal, adotadas por setores juridicamente progressistas, que, mesmo não compartilhando do furor persecutório encontrado entre setores progressistas atuantes em outros campos, conciliam com a

idéia de estender a reação punitiva a condutas negativas características das classes dominantes.

Estas propostas conciliadoras, admitindo um processo simultâneo para descriminalização de condutas de escassa lesividade, situadas no campo da criminalidade convencional, e criminalização através da criação de novos tipos penais relacionados a fatos gravemente nocivos para a coletividade, fundamentalmente situados no âmbito da chamada criminalidade dourada, concentrada nos abusos do poder político, econômico e tecnológico, acabam por ampliar, fortalecer e legitimar o sistema penal, contrariando a própria concepção de um Direito Penal que efetivamente se faça mínimo, contradizendo seu próprio discurso que acertadamente reconhece, ao lado das características perversas do sistema penal, sua ineficácia na solução de conflitos, na proteção de bens jurídicos e na evitação de condutas danosas.

A rápida mudança de orientação do Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade, operada no início da década de 80, levando à revisão das legislações penais de diversos países, para sua aplicação à criminalidade dourada, através da introdução de uma série de novas condutas puníveis, especialmente no âmbito da ordem econômica, do meio ambiente, das relações e da segurança no trabalho, da utilização das técnicas biomédicas, ou da informática, aparece, na realidade, como uma resposta (decerto não explicitada) aos anteriores avanços das propostas descriminalizadoras e deslegitimadoras.

Pouco se reduziu a imposição da reação punitiva no campo dos conflitos gerados nas relações microsociais, onde se desenvolvem as ações características da criminalidade convencional, e muito se ampliou o elenco das figuras penalmente típicas, para maior abrangência das relações macrosociais e institucionais, em um renovado processo de

7. Tradicionalmente se aponta o caráter acessório, subsidiário e fragmentário do Direito Penal, sustentando-se que tal forma de controle só deve operar à falta de outros meios eficazes para atingir os fins previstos pelo ordenamento jurídico, não abrangendo todo o campo da ilicitude, mas apenas fragmentos do injusto.

solidificação e legitimação do sistema penal, ainda mais fortalecido pela já mencionada manipulação do forte sentimento de insegurança e do medo coletivo difuso, presentes nas sociedades contemporâneas, a alimentar as crescentes e obsessivas preocupações com a criminalidade, especialmente com o fenômeno da chamada criminalidade organizada.

A contenção do poder punitivo há que seguir um caminho de mão única, que efetivamente possa avançar no sentido da redução do sistema penal (dentro da perspectiva de sua futura abolição), através do deslocamento da ênfase dada à repressão e à reação punitiva em todos os campos, abrindo caminho para a intervenção de mecanismos não penais de controle e, ao mesmo tempo, privilegiando medidas preventivas, sem perder de vista as causas mais complexas e as origens estruturais de conflitos e situações socialmente negativas, sejam os que se desenvolvem no campo das relações microsociais, sejam os que se formam nas relações macrosociais e institucionais, estes como aqueles, em sua maior parte, ligados e determinados pelas próprias características fundamentais da formação social capitalista, cuja nocividade naturalmente se agrava no capitalismo periférico.

Quando se pensa em uma reforma da lei penal comprometida com a superação das relações de dominação e exclusão, há que se abandonar todas as tentativas de legitimação do sistema penal, trabalhando efetivamente com as linhas orientadoras do processo de descriminalização e com os princípios limitadores do processo de criminalização, para, assim, desenvolver uma atuação centrada na eliminação de tipos penais existentes, sem concessões para com a criação de novas figuras delituosas, o que, evidentemente, não significa desconsiderar aquelas condutas que sejam realmente danosas, retiradas ou não

introduzidas no campo penal. Ao contrário, a efetiva concretização de um Direito Penal mínimo pressupõe a paralela concretização daqueles mecanismos não penais de controle e medidas preventivas para proteção dos bens jurídicos e evitação de condutas danosas, com a sinalização de soluções menos perniciosas e mais eficazes, que substituam a ineficaz e perversa reação punitiva.

A sistematização das linhas orientadoras do processo de descriminalização e dos princípios limitadores do processo de criminalização, realizada a partir das propostas das correntes abolicionistas e de intervenção mínima,⁸ permite que se apontem algumas diretrizes a serem observadas nesta busca de efetiva concretização de um Direito Penal mínimo.

Dentre os princípios limitadores do processo de criminalização, podem se destacar:

— o princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do dano social do delito;

— o princípio da idoneidade, que impõe a prévia demonstração de que a criminalização é um meio útil para controlar um determinado problema social;

— o princípio da subsidiariedade, que impõe a prévia comprovação de que

8. Sobre este ponto, é indispensável a consulta à obra de Raúl Cervini, *Los procesos de descriminalización*, Montevideo, Editorial Universidad, 2.ª ed., 1993, em que o autor realiza importante e abrangente estudo sobre as propostas concretizadoras da intervenção mínima do sistema penal, não obstante acabe por aderir às aqui referidas tendências progressistas que propõem um simultâneo processo de descriminalização e criminalização. Indispensável ainda é a leitura do trabalho de Alessandro Baratta, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", in *Derecho penal y criminología*, n. 31, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, pp. 91/108, ponto de partida da sistematização dos princípios do Direito Penal mínimo.

não existem outras alternativas que não a criminalização, para controlar determinado fato;

— o princípio da racionalidade, que exige que se comparem os benefícios e os custos sociais produzidos pela criminalização.

Também se devem mencionar alguns dos critérios sugeridos pelas recomendações trazidas nas linhas orientadoras do processo de descriminalização:

— não criminalizar quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral;

— não criminalizar para fazer crer que com isso se solucionou um problema, ou como forma de provocar catarse social em situações de especial comoção (isto é particularmente importante, em momentos como o que se vive atualmente, caracterizados por irracionais e obsessivas preocupações com a criminalidade e crescente apelo à repressão e à maior intervenção do sistema penal);

— não criminalizar comportamentos demasiadamente frequentes ou aceitos por parte significativa da população;

— não criminalizar os chamados delitos sem vítimas, que só podem ser conhecidos através de investigação policial, nem os comportamentos onde se considere que somente há lesão ao conceito abstrato de interesses da comunidade;

— não criminalizar comportamentos de difíceis definição e precisão.

São estes princípios e critérios, aliados à orientação direcionada para o rompimento com as marcas da ideologia patriarcal, que devem fornecer as bases para a discussão de um novo tratamento da lei penal às questões que, ligadas à sexualidade e às relações familiares, interessam específica e diretamente às lutas pelo reconhecimento e garantia dos direitos da mulher, pela superação da desigualdade e construção de uma nova forma de convivência entre os sexos, aqui consideradas dentro do campo normativo.

4. Um novo tratamento penal para as questões ligadas à sexualidade e às relações familiares

A orientação de não criminalizar quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral já recomenda o afastamento da idéia de se estabelecerem tipificações penais em que o bem jurídico protegido seja a moral pública sexual, como ocorre sempre que se definem, como em nossa lei penal, crimes contra os costumes.

Neste ponto, não se trata simplesmente de apontar a defasagem entre dispositivos contidos na Parte Especial do Código Penal Brasileiro, vigente desde 1940, e a natural evolução social que deu origem a uma nova moral dominante neste campo da sexualidade, tampouco devendo se limitar a discussão à incompatibilidade da proteção diferenciada da sexualidade de homens e mulheres com o princípio constitucionalmente consagrado da igualdade entre os sexos.

Não se trata, assim, apenas de questionar a criminalização de condutas como as definidas nos tipos da sedução (art. 217 do Código Penal) e da posse sexual ou atentado ao pudor mediante fraude (arts. 215 e 216 do Código Penal), em que, além de se consagrar uma visão discriminatória da mulher, como um ser inferior, não plenamente capaz de discernimento, se trabalha com uma suposta ingenuidade, que, se ainda poderia existir nos anos 40, hoje, a toda evidência, não faz parte da realidade. Também não se trata simplesmente de repudiar as mais óbvias traduções do controle da sexualidade feminina, presentes tanto na utilização de elementos normativos como "mulher honesta" (integrando os já mencionados tipos da posse sexual e do atentado ao pudor mediante fraude, como também a definição do tipo do rapto contida na regra do art. 219 do Código Penal), quanto na consideração da virgindade e da intocabilidade da mulher

até o casamento como um valor digno de proteção penal (fundamentando não só o tipo da sedução, mas ainda a criminalização do rapto consensual prevista no art. 220 do Código Penal).

O desaparecimento de tais dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico se impõe não apenas por se ter ali uma vitimização exclusiva da mulher incompatível com o princípio constitucionalmente consagrado da igualdade entre homens e mulheres, ou por neles se refletir uma concepção moral absolutamente ultrapassada.

Ainda mais importante é afirmar a inadmissibilidade de utilização da lei penal para imposição de pautas morais de comportamento, em um campo reservado às convicções íntimas e à consciência individual, campo onde o Estado não pode intervir, não se podendo confundir Direito e Moral, como tampouco crime e pecado. Quando se erige uma moral pública sexual, qualquer que seja esta, à categoria de bem jurídico, o que se acaba por estabelecer é a imposição de uma concepção moral dominante sobre a sexualidade, que, embora possa até ser compartilhada pela maioria dos membros da sociedade, pode não ser aceita por indivíduos ou grupos sociais, cujo direito à diferença há que ser garantido, sempre que não atingidos direitos alheios.

A utilização da lei penal neste campo há que ser, portanto, condicionada, em primeiro lugar, por esta indispensável diferenciação entre Direito e Moral, limitando-se a intervenção do sistema penal à finalidade de proteção da pessoa, de forma a garantir a cada indivíduo o direito ao livre exercício de sua sexualidade.

Daí o correto posicionamento, adotado pelos movimentos feministas, em sua reivindicação de deslocamento dos tipos penais relacionados às ofensas à liberdade sexual, para sua inclusão no Título do Código Penal dedicado aos

crimes contra a pessoa, em capítulo relativo aos crimes contra a liberdade individual.

Assim entendidas as ofensas à liberdade sexual, duas colocações básicas se impõem. A primeira, passo essencial para a superação das relações específicas de dominação estabelecidas pela estruturação do patriarcado e já aqui mais de uma vez mencionada, a de que a proteção à sexualidade há que ser idêntica para homens e mulheres, não podendo haver lugar, por manifesta contrariedade ao princípio constitucionalmente consagrado da igualdade entre os sexos, para tipos penais em que seja vitimizada apenas a mulher.

De outro lado, a superação das relações mais gerais de dominação e exclusão, a implicar no compromisso com a perspectiva de imediata redução do sistema penal (como passo no caminho de sua futura abolição), através da efetiva concretização de um Direito Penal mínimo, leva à segunda destas colocações básicas: só se devem criminalizar condutas ofensivas à liberdade sexual que envolvam violência ou grave ameaça e que possam resultar em significativo dano à integridade pessoal e à intimidade do ofendido.

Nesta linha, a proteção penal à liberdade sexual deveria se concentrar em uma única figura típica, criminalizando-se a conduta de ter relação sexual com alguém, constringendo-o mediante violência ou grave ameaça, ou, por qualquer outro meio análogo, impossibilitando sua resistência.

Não é apenas a inadmissibilidade de vitimização exclusiva da mulher que impõe o fim da atual distinção entre estupro e atentado violento ao pudor. O destaque da conjunção carnal dita natural ou normal, levando à constituição de um tipo diferenciado daquele integrado pela prática de atos libidinosos outros, como, por exemplo, o coito anal, só se explica pela consideração especial dada

à função reprodutora do ato sexual, presente naquela e não em outras formas de relação sexual.⁹ Esta distinção, que, até há bem pouco tempo, como mencionado no início deste trabalho, alcançava a própria valoração traduzida na medida da pena abstratamente cominada àquelas condutas, é um dos mais eloquentes exemplos dos vínculos de nossa lei penal com a ideologia patriarcal, que tem um de seus principais alicerces no controle da sexualidade feminina, exercido exatamente através de seu aprisionamento nesta função reprodutora.

Vale ressaltar que a tipificação proposta deve ter seu alcance limitado a atos que configurem relação sexual. A ofensa à liberdade sexual reduzida a outros atos, como um beijo ou um simples toque, por não ter magnitude suficiente para efetivamente causar um dano significativo à liberdade, à integridade e à intimidade da pessoa, não deve ser objeto de proteção penal específica, podendo, se for o caso, subsistir a reação punitiva em relação ao meio empregado na realização do constrangimento.

Este necessário condicionamento da intervenção penal à gravidade da ofensa ao bem jurídico tutelado já recomenda que se rechace a pretensão, que costuma ser expressa por movimentos feministas, de criminalização do chamado assédio sexual. Não bastasse isso, sendo este um comportamento de difícil precisão, sua tipificação fatalmente se faria de forma não taxativa, a implicar em um perigoso e inconstitucional desvio do princípio da legalidade. O que efetivamente constituiria um assédio sexual? O que realmente significa assediar alguém com propostas de caráter sexual? Quais os limites e as fronteiras de tal conduta

com um simples convite ou uma simples “paquera”?

Por outro lado, inobstante a diferente roupagem ideológica, até que ponto não se estaria recaindo na incabível pretensão de proteger pessoas supostamente mais frágeis (embora não no discurso, mas, na prática, certamente mulheres), incapazes de repelir, por si próprias, aproximações indesejadas, da mesma forma que a lei penal vigente pretende proteger mulheres “ingênuas”, para livrá-las de uma sedução?

Se é certo que pressões podem existir por parte de quem detém uma posição de poder, notadamente no âmbito das relações de trabalho, essa é questão que pode e deve ser resolvida fora do campo penal, aqui tendo perfeita incidência o princípio da subsidiariedade, a impor o afastamento da criminalização, quando existentes outras alternativas para controlar um determinado conflito ou situação socialmente negativa. Estas pressões para obtenção de práticas sexuais no âmbito das relações de trabalho, por exemplo, devem ser enfrentadas, no campo normativo, através de sanções não penais, aplicáveis dentro do Direito do Trabalho, sanções estas que, sem dúvida, podem ser muito mais eficazes e que devem igualmente se aplicar a outras situações opressivas, como os questionários de recrutamento, as aplicações de testes periódicos de controle de gravidez ou as humilhantes revistas, que, cotidianamente, invadem a intimidade, o corpo e a vida privada de mulheres empregadas.

Outro ponto a ser considerado na proposta de exclusiva criminalização de relações sexuais obtidas através do constrangimento do outro, é que, aqui, não deve haver lugar para qualquer presunção: presunções não passam de ficções, com as quais o Direito não pode trabalhar, notadamente em matéria penal, onde sempre estão em jogo a liberdade e a dignidade da pessoa.

9. Neste sentido, as observações de Nilo Batista em primorosa palestra, publicada sob o título “O prazer e a lei penal”, in *Temas de Direito Penal*, Rio, Liber Juris, 1984, pp. 304/312.

Acresce que a presunção da violência, nas hipóteses do ato se realizar com pessoa menor de 14 anos ou portadora de deficiência mental, como hoje prevêem as regras contidas no art. 224, letras *a* e *b* do Código Penal, pode funcionar como circunstância inibidora da sexualidade daqueles que supostamente se diz querer proteger. É preciso sempre ter cuidado com mecanismos que, sob o pretexto de tutelar ou proteger determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis, acabam por servir para inferiorizar tais grupos, com base em supostas reduções da capacidade física, psíquica ou cultural de seus integrantes. Nestes casos de delitos contra a liberdade sexual, a ideologia que informa a especial vitimização de adolescentes e portadores de deficiência mental não difere muito da que preside à vitimização exclusiva da mulher, podendo igualmente servir para materializar a discriminação.

É de se ressaltar que, no que se refere a abusos sexuais praticados contra crianças (menores de 12 anos), a maior parte dos casos se enquadraria no tipo proposto, geralmente se configurando aí o real emprego de violência. De todo modo, é preciso ter claro que estes gravíssimos fatos que vitimizam inúmeras crianças brasileiras não se resolvem através da lei penal. São pais, padrastos ou outros familiares os principais agentes destas deformadas práticas sexuais.¹⁰ Ao lado da hierarquização das relações familiares, a viabilizar a predominância da vontade do mais forte, do mais poderoso, em direta reprodução das relações de dominação presentes na sociedade,

10. Dados divulgados em outubro de 1993 pela Assembléia Legislativa de São Paulo, constantes do relatório final da CPI do Menor ali instalada, revelaram que 80% das vítimas de abusos sexuais eram meninas, duas em cada três delas tendo como ofensores seus próprios pais ou responsáveis.

são a deterioração do ambiente familiar, os preconceitos, as dificuldades não tratadas no desenvolvimento da sexualidade os principais fatores que ensejam estas deformadas práticas sexuais, para cujo enfrentamento a reação punitiva em nada contribui.

Mais do que deixar intocadas as causas geradoras de tais práticas, a intervenção do sistema penal ainda se mostra contraproducente, muitas vezes acabando por aprofundar a deterioração da vida familiar ao mesmo tempo que relegando a segundo plano a assistência às crianças vitimizadas (esta sim imprescindível), como ocorre sempre que se pretende resolver situações problemáticas com a simplista reação punitiva, cuja natureza monopolizadora não costuma deixar espaço para a intervenção de outros mecanismos mais necessários e positivos.

A deterioração do ambiente familiar, os preconceitos, as dificuldades não tratadas no desenvolvimento da sexualidade exercem ainda um papel determinante na sustentação da prostituição, favorecendo especialmente seu lado mais preocupante — a prostituição infantil.¹¹ Já por isso se pode perceber que não é a intervenção do sistema penal que poderá modificar tal quadro, desobedecendo a criminalização de condutas relacionadas a tal fenômeno ao princípio de que só se devem criminalizar condutas quando demonstrado ser este um meio útil para controlar um determinado problema social.

Mas, a inidoneidade da criminalização como meio de controle da prostitui-

11. No livro de Gilberto Dimenstein, *Meninas da Noite*, S. Paulo, Ática, 1992, é possível constatar este papel determinante da sexualidade mal resolvida e do preconceito, especialmente no que se refere à valorização da virgindade, funcionando, paralelamente à miséria, como um dos principais fatores da precoce introdução de meninas no mundo da prostituição.

ção passa ainda pelo fato de ser o Direito Penal instrumento particularmente ineficaz na contenção do mercado de bens e serviços de grande demanda, ao que se soma a irracionalidade na opção por este controle penal, cujos custos sociais superam em muito os raros e isolados êxitos que dele eventualmente possam advir. É o que ocorre em maior escala com relação ao jogo e às drogas, onde é o próprio fato da ilegalidade que produz e insere no mercado grandes organizações criminosas, simultaneamente trazendo a violência e a corrupção como subprodutos necessários das atividades empresariais desenvolvidas por tais organizações, com isso provocando consequências muito mais graves do que eventuais malefícios causados pela natureza daqueles bens e serviços tornados ilegais.

Como outros serviços ou bens que, por mais rigorosa que seja a repressão, subsistem enquanto presentes as circunstâncias socioeconômicas favorecedoras da existência de uma demanda criadora e incentivadora do mercado, a prostituição deve ser objeto de controle fora do Direito Penal, através de instrumentos que, de forma menos perniciosa e mais eficaz, possam contribuir para a redução de tal demanda.

Inobstante as reivindicações dos movimentos de prostitutas pela consideração e regulamentação legal de sua atividade como qualquer outra prestação de serviços, não parece ser este o melhor caminho para o tratamento da prostituição. Não há dúvida de que se tem aqui um fenômeno socialmente negativo, cujo desaparecimento ideal (ou, em termos mais realistas, sua redução) é desejável, ainda mais quando atingindo, como mencionado, crianças e adolescentes. Não se trata de afirmar uma posição moralista, mas sim de reconhecer que a comercialização do sexo reflete uma forma deformada e deformante de lidar com a sexualidade e com a afetividade,

estando fundamentalmente ligada à repressão destas sexualidade e afetividade, aos preconceitos e dificuldades que, apesar dos avanços registrados nos últimos tempos, ainda se manifestam neste campo do comportamento humano.

O que, portanto, sugere o afastamento do controle penal sobre condutas que giram em torno da prostituição não é sua aprovação, mas sim os custos sociais e a inutilidade de tal controle para o necessário combate a tal fenômeno, que só poderá se fazer, com alguma eficácia, através de outros mecanismos aptos a ensejar uma profunda transformação nas relações afetivas entre as pessoas, transformação esta naturalmente ligada a mudanças nas relações econômicas e sociais favorecedoras da deterioração e deformação de tais relações.

Inútil e desaconselhável, assim, a manutenção das regras traduzidas nos arts. 227 a 232 de nosso Código Penal, a ocupar todo um capítulo dedicado ao lenocínio e ao tráfico de mulheres. As condutas ali previstas envolvendo violência ou grave ameaça podem se adequar a tipos outros, não havendo razão para que subsistam autonomamente quaisquer das figuras constantes daquele capítulo. Pense-se, por exemplo, na hipótese prevista no § 2.º do art. 228 do Código Penal perfeitamente adequável ao tipo do constrangimento ilegal, ou na hipótese do § 2.º do art. 227 do Código Penal, em que se poderia ter, na forma de autoria mediata, a configuração do tipo básico definidor das ofensas à liberdade sexual aqui proposto.

Tampouco há qualquer razão para que subsista a figura do rapto violento, prevista no art. 219 do Código Penal, ainda que reformulada para eliminação de seus aspectos mais claramente discriminatórios (a vitimização apenas de mulher e, além disso, "honesta"). O rapto pode perfeitamente se adequar ao tipo do seqüestro, não havendo razão para que a privação da liberdade com

fim libidinoso seja tratada de forma diferente da privação da liberdade com outro fim qualquer.

As restantes figuras típicas integrantes do Título relativo aos crimes contra os costumes, relacionadas a condutas que constituem o chamado ultraje público ao pudor, certamente, devem desaparecer. Em primeiro lugar, tem-se nas regras contidas nos arts. 233 e 234 do Código Penal não uma definição de tais condutas, mas um nítido exemplo de indefinição violadora do princípio da legalidade: o que são um ato ou um objeto obscenos? De todo modo, ainda que se pudesse precisar este conceito de obscenidade, fatalmente se cairia naquela inadmissível elevação de uma moral pública sexual à categoria de bem jurídico. Por outro lado, no que concerne a publicações, exibições ou espetáculos, são claros os riscos à liberdade de expressão e à criatividade artística expressos numa tal proibição.

A preservação de sentimentos pessoais de pudor ou recato, que podem eventualmente ser atingidos, na hipótese de percepção involuntária de manifestações ligadas à sexualidade realizadas em público, é questão que não tem relevância suficiente para ser objeto de tratamento pela lei penal.

Neste campo, deve se ressaltar que o recomendável embora delicado controle sobre exibições e espetáculos, especialmente os divulgados através de programações de televisões, que possam ser inadequados à formação de crianças e adolescentes, há que se direcionar com muito mais ênfase às inúmeras manifestações de elogio e incentivo à violência, presentes inclusive em programações infantis, nada tendo, porém, a lei penal a contribuir na efetivação de tal controle.

A exclusiva preocupação com a sexualidade, a demonstrar uma vinculação com concepções morais ultrapassadas, reflete-se também na criminalização de condutas relativas à participação de

crianças e adolescentes em cenas de sexo veiculadas através de fotografias, exibições ou espetáculos, como prevêm os arts. 240 e 241 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), nenhuma preocupação tendo tido o legislador em criar norma penal proibidora da participação de crianças e adolescentes em cenas outras eventualmente tão ou mais prejudiciais à sua formação. De todo modo, estas são questões que podem e devem se resolver fora do Direito Penal, bastando lembrar a eficácia que pode ter o simples impedimento, através de medidas administrativas, da veiculação das manifestações artísticas ou espetáculos que inapropriadamente se utilizem de crianças ou adolescentes, impedimento suficiente para desestimular a produção de tais manifestações ou espetáculos.

A nova compreensão da família, consagrada na Constituição Federal de 1988, já sinaliza para a supressão de todo o primeiro capítulo do Título dedicado aos crimes contra a família (arts. 235 a 240 do Código Penal). Como apontado no início deste trabalho, esta nova compreensão, especialmente quando se considera o reconhecimento da união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidades familiares, se mostra incompatível com uma proteção penal específica ao casamento, não tendo sua invalidade ou dissolução repercussão maior no âmbito que se pretende proteger. Não é, assim, apenas o adultério que deve desaparecer de nossa lei penal, mas todos os demais crimes contra o casamento definidos nos dispositivos legais acima mencionados.

Mas, além disso, seguindo-se a linha aqui proposta de efetiva concretização de um Direito Penal mínimo, há que se avançar para suprimir todo o restante do Título dedicado aos crimes contra a família. A subsistência dos crimes contra o estado de filiação como figuras

típicas autônomas (arts. 241 a 243 do Código Penal) não se justifica, podendo tais figuras se incluir entre os crimes de falso. Já os crimes contra a assistência familiar e contra o pátrio poder, tutela ou curatela (arts. 244 a 249 do Código Penal) lidam com questões que podem ser perfeitamente resolvidas no âmbito do Direito de Família, incidindo aqui o princípio da subsidiariedade, a recomendar que só se criminalizem condutas quando não haja nenhum outro meio de controlá-las, o que, naturalmente, se aplica também à assistência à gestante, cuja prestação coercitiva se pode fazer através da aplicação de normas pertencentes ao Direito de Família, dispensando a criação de mais um inútil e nocivo tipo penal.

Ainda se relacionando com a sexualidade e com as relações familiares, encontram-se em nosso vigente Código Penal outros tipos cujas eliminação ou reformulação se impõem.

Diversas são as razões a recomendar a eliminação dos tipos definidores dos crimes de perigo de contágio venéreo ou de moléstia grave, definidos nos arts. 130 e 131 do Código Penal, este último, como a hipótese prevista no § 1.º do art. 130, consistindo em verdadeiras tentativas de lesão corporal, excepcionalmente erigidas em crimes autônomos,¹² o que já revela a irrazoabilidade de tal tipificação. A escassa lesividade do primeiro destes crimes (as moléstias venéreas há muito são facilmente tratadas) já provocara seu desaparecimento no Código Penal de 1969, que não chegou a vigorar. Quanto ao assim chamado perigo de contágio de moléstia grave, nestes tempos de disseminação da AIDS, sua manutenção como um tipo autônomo pode abrir perigoso espaço

para a discriminação aos portadores do vírus, o que constitui mais um fator a enfatizar a necessidade de supressão daquele art. 131 do Código Penal.

Tampouco devem subsistir os tipos previstos nos arts. 133 e 134 do Código Penal, que definem as condutas configuradoras do abandono de incapaz e da exposição ou abandono de recém-nascido.

A conduta definida no art. 133 poderia perfeitamente se integrar ao tipo de maus-tratos (art. 136 do Código Penal), ali se acrescentando a definição do abandono, devendo, de todo modo, se ter em conta que, no que se refere ao abandono e aos maus-tratos praticados no âmbito da família, não é a reação punitiva a adequada para enfrentar tais situações, da mesma forma que ocorre nos casos de abusos sexuais cometidos contra crianças por pais, padrastos e outros familiares, como já aqui assinado.

A exposição ou abandono de recém-nascido é conduta que tem no especial fim de "ocultar desonra própria" o elemento especificador que a leva a constituir um tipo autônomo, assim se consagrando a inaceitável prevalência de concepção moral absolutamente ultrapassada.

Igualmente eliminada deve ser a regra contida no art. 123 do Código Penal, que define o infanticídio. Tem-se aqui hipótese de tipo qualificado atenuado, configurando um tipo legal autônomo, a partir da ampliação da unidade típica elementar do homicídio com elementos especificadores ligados à autoria, ao sujeito passivo e a circunstâncias de realização da conduta. Tal ampliação, entretanto, não se justifica, devendo a conduta da mãe que mata o filho, durante ou logo após o parto, ser tratada dentro do tipo básico do homicídio.

As duas razões clássicas de criação desta forma atenuada de homicídio não se justificam: o motivo de honra, por

12. Neste sentido, já lecionava Nelson Hungria: vejam-se seus *Comentários ao Código Penal*, v. V, Rio, Forense, 5.ª ed., 1979, pp. 406 e 411.

refletir concepção moral ultrapassada, e o critério fisiológico (influência do estado puerperal), adotado em nossa lei penal, porque, a se admitir a existência de perturbações fisiopsíquicas sofridas pela mulher durante o parto, em consequência das dores, perda de sangue e esforço muscular, estar-se-á diante de questão a ser resolvida no plano da culpabilidade, podendo, se for o caso, levar à sua exclusão ou redução pela incapacidade psíquica.

Em relação ao aborto com consentimento da gestante, a reivindicação descriminalizadora trazida pelos movimentos feministas deve ser atendida, embora não pelos fundamentos geralmente acenados. Não se pode tratar o aborto simplesmente como um meio de exercício do direito ao planejamento familiar, como uma forma de assegurar a livre opção da mulher pela maternidade e, muito menos, como um direito da mulher sobre seu próprio corpo. Abortar significa provocar a morte do produto da concepção e este produto da concepção (seja embrião ou feto) é uma vida humana, que, embora dependente, embora ainda não tendo a qualidade de pessoa, tem direitos, inclusive o direito à vida, que, em princípio, deve ser assegurado.

A descriminalização do aborto com o consentimento da gestante se impõe por duas únicas razões. Calculando-se que, no Brasil, se realizam pelo menos cerca de 1 milhão de abortos por ano, já deveria ser aqui considerado o critério sugerido pelas recomendações trazidas nas linhas orientadoras do processo de descriminalização, a recomendar que não se criminalizem comportamentos demasiadamente freqüentes ou aceitos por uma parte significativa da população. Mas, é fundamentalmente o princípio da racionalidade, exigindo que se comparem os benefícios e os custos sociais produzidos pela criminalização, a razão maior da necessidade de descriminaliza-

ção: são os custos sociais, representados pelas mortes e lesões corporais sofridas por milhares de mulheres em decorrência das condições precárias da realização clandestina dos abortos, que estão a exigir a descriminalização, como forma de evitar estas mortes e lesões que, naturalmente, só atingem mulheres das classes subalternizadas (as mulheres pertencentes às classes dominantes, apesar da proibição, fazem seus abortos livremente, em clínicas bem equipadas e de endereços conhecidos).

Neste sentido, há que se reconhecer a possibilidade da mulher optar pelo aborto, assegurando-se sua realização através do sistema público de saúde. Entendendo-se que os direitos do nascituro (inclusive o direito à vida), se exercem através da gestante, que, no âmbito das relações sociais, aparece como titular desta vida que traz em seu ventre, pode ser este direito à vida assim deixar de ser exercido, diante de situações em que seu sacrifício se justifique pelas repercussões negativas trazidas por um nascimento indesejado (repercussões que atingem mais gravemente ao próprio filho), à semelhança do que ocorre na hipótese do tipo permissivo contido na regra do art. 128, inc. II do Código Penal. Autorizando a realização do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, criou o legislador causa de justificação assemelhada ao estado de necessidade, para permitir o sacrifício do direito à vida do embrião ou do feto em face do peso maior dado a outro bem jurídico — o direito da mulher à liberdade sexual. Tal permissão só pode se explicar por aquela consideração das repercussões negativas do nascimento indesejado, nada impedindo, assim, que, coerentemente com posição já manifestada pelo legislador, a licitude da realização do aborto se estenda a outros casos em que, por razões diversas, o nascimento se mostre igualmente indesejado.

É preciso, no entanto, que, paralelamente à descriminalização do aborto com o consentimento da gestante, os movimentos feministas, como outros movimentos populares, se dediquem, com igual veemência, a lutar para reduzir o número de abortos, apontando para a nocividade de tal solução, que, vale repetir, só deve ser permitida porque assim se podem evitar os maiores custos sociais acarretados por sua proibição. A informação e o acesso a métodos anticoncepcionais seguros e não danosos não devem se constituir apenas em reivindicações a serem atendidas pelo Estado, tendo as parcelas organizadas da sociedade importante papel a desempenhar neste atendimento, de forma a efetivamente assegurar a concretização do direito ao planejamento familiar.

Na linha adotada por setores juridicamente progressistas, que defendem o já referido simultâneo processo de descriminalização e criminalização, com a criação de novos tipos penais relacionados a fatos gravemente nocivos para a coletividade, atingindo bens sociais não suficientemente protegidos na esfera penal, desenvolvem-se as propostas de introdução de novas condutas puníveis para enfrentar os abusos na utilização de técnicas biomédicas, aqui nos interessando especialmente as questões ligadas à procriação medicamente assistida e às manipulações genéticas.¹³

Grandes são os riscos trazidos pelo desenvolvimento da engenharia genética, a permitir alterações biológicas que podem, em futuro não distante, tornar realidade a formação de clones humanos (seres idênticos) e de novas formas de vida com utilização de células humanas (híbridos e quimeras), sendo manifesta

a nocividade de tais manipulações, que, além de afetarem o patrimônio genético do indivíduo, constituem perigosa e indevida intervenção da ciência na geração da vida e da própria natureza humana, sem contar com contaminações e danos outros eventual e acessoriamente resultantes destas experiências.

Pensar, porém, que o Direito Penal possa ser um instrumento eficaz na evitação de tais experiências é algo que só se explica pela ingenuidade ou pela insistência oportunista em oferecer soluções fáceis e apenas aparentes para problemas cuja gravidade exige mais seriedade e honestidade em seu tratamento. Se a intervenção do sistema penal sequer consegue afetar as primitivas manifestações da criminalidade convencional (que, de acordo com o discurso dominante, aumenta descontroladamente), que milagrosa razão tornaria tal intervenção eficaz para lidar com as poderosas e sofisticadas experiências biotecnológicas?

Quanto à procriação medicamente assistida, ainda que não apresente os mesmos riscos das manipulações genéticas, certamente, deve ter obstaculizado o caminho de sua fertilização. As preocupações, neste campo, não devem se restringir aos problemas que podem surgir com a destinação a ser dada a embriões excedentes, resultantes da fecundação *in vitro*, ou às possibilidades de comercialização de gametas, embriões e úteros. Quaisquer modalidades de inseminação artificial e de fecundação *in vitro* devem ser combatidas, mostrando-se injustificáveis quando o desejo de ter filhos, inviabilizado pela esterilidade ou por outras causas impeditivas da procriação natural, pode ser atendido através da adoção das muitas crianças que, abandonadas, necessitam de uma família para criá-las.

É importante ressaltar que os lucrativos e egoísticos investimentos científicos na área da procriação medicamente

13. Consulte-se a respeito o trabalho de João Marcello de Araujo Junior "Biotecnologia e Direito Penal", in *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*, Rio, Forense, 1992, pp. 273/323

assistida se fazem para satisfazer um desejo restrito a uns poucos privilegiados com condições econômicas para ter acesso a tais técnicas avançadas, desenvolvendo-se ao mesmo tempo que velhas teorias (decerto com nova roupagem) ressurgem, acenando com o controle da natalidade para reduzir as populações dos países periféricos, ou, dentro destes, o número de membros das classes subalternizadas, estimulando a própria esterilização em massa de um crescente número de mulheres, para assim viabilizar não o hipocritamente alegado objetivo de reduzir a pobreza, mas sim um maior controle sobre a força dos oprimidos.

Desnecessário reafirmar os aspectos negativos e limitados da reação punitiva, bastando este quadro para demonstrar que não é através da intervenção do sistema penal que se poderá deter este processo, nenhuma contribuição realmente eficaz podendo dar a lei penal para impedir o desenvolvimento e a aplicação das diversas modalidades de procriação medicamente assistida. Outros mecanismos, que ultrapassam os limites do campo normativo, devem ser utilizados para dificultar e desestimular a utilização daquelas técnicas biomédicas.

Uma vez estabelecida a proibição da procriação medicamente assistida, a ênfase, no campo normativo, deve recair sobre regras disciplinadoras do exercício das atividades dos profissionais da saúde, com a suspensão ou cassação do registro ou licença daqueles que utilizarem tais técnicas. Por outro lado, pode-se pensar na ameaça mais eficaz que uma regra de Direito Civil pode conter, por exemplo, estabelecendo a prevalência da maternidade biológica e, assim, criando um risco bem mais concreto e mais sério do que uma pena para aqueles que, contratando mãe substituta, podem acabar por perder para esta o filho assim nascido (evidentemente,

desde que sua posse e guarda seja reivindicada no momento do nascimento, pois, quando já integrada a um núcleo familiar, são os interesses, o bem-estar e a vontade da criança que sempre deverão prevalecer).

5. Conclusão

A racionalização da discussão sobre quaisquer formas de criminalidade, sobre quaisquer condutas socialmente negativas e fatos indesejáveis deve sempre implicar na busca de instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil e simplista apelo à intervenção do sistema penal, que, além de ineficaz para solução de conflitos, proteção de bens jurídicos e evitação de condutas danosas, produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação da liberdade e, ainda que indiretamente, morte.

O efetivo rompimento com tendências criminalizadoras, sejam as sustentadas nos discursos de lei e ordem, sejam as apresentadas sob uma ótica supostamente progressista, é parte indispensável do compromisso com a superação das relações específicas de dominação impostas pela estruturação do patriarcado.

A criação de novos tipos penais ou a maior severidade da repressão penal em relação a violências praticas contra mulheres em nada podem contribuir para o reconhecimento e garantia de seus direitos, tampouco trazendo qualquer contribuição para que se avance na concretização da igualdade entre homens e mulheres e na construção de uma nova forma de convivência entre os sexos.

Ao lado da efetivação de mecanismos mais imediatos, como a divisão dos encargos domésticos, o estabelecimento de condições de trabalho compatíveis com as tarefas de reprodução, a instalação de creches como responsabilidade do Estado, o fim das discriminações salariais e profissionais, o fim da distinção entre tarefas ditas masculinas e femininas, a educação não diferenciada, a superação das relações patriarcais de dominação e a construção daquela nova forma de convivência entre os sexos passam pelo combate à desigualdade e à hierarquização das relações sociais, ao egoísmo individualista e à ausência de solidarização no convívio entre as pessoas, às diversas formas de preconceito e discriminação, que, reproduzindo-se na opressão das mulheres e na deterioração das relações familiares, estão igual-

mente presentes na idéia de punição exemplificativa que informa e sustenta o sistema penal.

O reconhecimento e a garantia dos direitos da mulher não irão encontrar na reação punitiva um instrumento adequado para sua realização. O enfrentamento das antigas e novas formas de opressão contra as mulheres, da violência e da deformação nas relações familiares, há que caminhar junto com a concretização da idéia de uma intervenção penal mínima, pois, somente repudiando as características perversas, seletivas e opressoras da reação punitiva e afirmando a necessidade de redução do sistema penal como um passo no caminho de sua abolição, a luta pelo reconhecimento e garantia dos direitos da mulher estará efetivamente integrada à luta maior contra todas as formas de dominação e exclusão.