

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

A PROBLEMÁTICA DOS DELITOS SEXUAIS NUMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO

ANA LÚCIA SABADELL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Tratamento da matéria no *ancien régime* – 3. Normas modernas e discriminação: 3.1 Bem jurídico protegido; 3.2 Sujeito passivo; 3.3 O espaço masculino por excelência; 3.4 Separação entre conjunção carnal e ato libidinoso; 3.5 Violência/consenso – 4. A crítica minimalista e suas aporias – 5. A crítica feminista ao direito penal – 6. Bem jurídico, esfera privada e Constituição – Bibliografia.

Resumo: O artigo discorre sobre a problemática dos delitos sexuais, apresentando críticas e sugestões. Para tanto, sempre referindo-se aos crimes que violam a autodeterminação sexual, traça um histórico da legislação penal, numa perspectiva de direito comparado. A cultura patriarcal, apontada como causa de discriminação da mulher, é também contestada por exercer grandiosa influência na normatização destas condutas.

Palavras-chave: Autodeterminação; Delitos sexuais; Direito comparado; Discriminação da mulher; Cultura patriarcal.

1. Introdução

Não é de hoje que as feministas vêm destacando que a violência sexual é um fenômeno central para a manutenção e reprodução da ordem patriarcal¹ e requer um tratamento multidisciplinar. E se o problema deve ser tratado a partir de tal perspectiva, será então na convergência de ações provenientes de diversas instâncias de luta, e também de controle social, que se deve buscar as propostas de solução.

Há dois conceitos que estão na base de qualquer discussão feminista sobre o tema da violência sexual: patriarcado e esfera privada. O patriarcado refere-se a uma

determinada forma de relacionamento, de comunicação, entre os gêneros feminino e masculino, que se caracteriza pela dominação e sujeição do primeiro pelo segundo. As condições e intensidade desta relação de poder (*Herrschaftsverhältnis*) variam de acordo com uma série de fatores, tais como, os valores culturais, religiosos, ou as condições sociais e econômicas de uma sociedade. O que permite falar de patriarcado enquanto fenômeno mundial é a presença de relações de dominação e sujeição que atuam em detrimento da qualidade de vida das mulheres, possibilitando comportamentos que se configuram como violações de direitos humanos.²

Este conceito está estreitamente coligado com a divisão entre espaço público e privado. A esfera pública refere-se sobretudo à política e ao espaço de discussão democrática sobre temas que são considerados de interesse comum a todos. Por outro lado, uma das características da esfera privada é justamente a proteção jurídica da intimidade do indivíduo, que é associada ao seu livre desenvolvimento, enquanto titular de direitos fundamentais.

(2) Para uma análise da definição de patriarcado, pode-se consultar, entre outras: Millet, 1970, p. 32-34; Pateman, 1988, p. 19-38; Smaus, 1994, p. 97; Voet, 1995, p. 69.

(1) Radford e Stanko, 1996, p. 65.

A teoria feminista questiona essa concepção do público e do privado, considerando, inclusive, insatisfatórias as análises feitas por autores de nosso século, como Arendt e Habermas, já que tendem a excluir dessa reflexão tudo o que se relaciona com a esfera de experiência especificamente feminina, não problematizando a existência de um espaço verdadeiramente privado onde se estabelecem as relações entre os gêneros, consideradas como “naturais” e desenvolvidas sobretudo no âmbito familiar.³ Neste espaço privado se reproduz a submissão e a violação de direitos fundamentais. Assim sendo, uma parte significativa da socialização e atuação das mulheres se realiza numa esfera que permanece fora do alcance das normas que regulam e protegem os espaços masculinos, públicos e privados.

A contribuição deste trabalho será centrada na possibilidade e nas condições de uso do instrumental penal em matéria de delitos sexuais. Nas discussões realizadas nas últimas décadas entre penalistas, revela-se a tendência de reivindicar reformas na regulamentação da matéria: reformulação de velhos tipos penais e introdução de novos tipos penais. Esta posição é compartilhada com certa cautela (ou com um “interesse crítico”)⁴ por algumas feministas, sobretudo aquelas que devido ao seu trabalho na área jurídica têm plena consciência dos limites de eficiência deste tipo de intervenção⁵ e, sobretudo, da ambivalência de reformas que aumentam a intensidade da intervenção penal.⁶

Na primeira parte deste trabalho se tentará analisar, numa perspectiva de história do direito europeu, os interesses que eram protegidos com a perseguição da sexualidade “ilícita”. O objetivo é demons-

trar que existe uma ruptura de discursos entre *ancien régime* e a sociedade moderna. Fazer uma leitura linear desta matéria impediria compreender o próprio desenvolvimento das relações patriarcais.

2. Tratamento da matéria no *ancien régime*

Uma preocupação por delitos como o rapto ou o estupro já era presente na sociedade do *ancien régime*. Frente a esses dados, talvez um sociólogo pudesse afirmar que em toda sociedade patriarcal estes atos são punidos porque lesam “os direitos de propriedade” do homem sobre a mulher. Sem entrar na discussão sobre a existência de um direito de propriedade numa sociedade não capitalista, para um historiador do direito, tal explicação não é convincente. Se compararmos nossa experiência jurídica com aquela do *ancien régime*, veremos que essa explicação não leva em consideração como são percebidos e tratados tais atos em sociedades e sistemas jurídicos fundamentalmente distintos e, por isto, não está em condições de compreender esta realidade, restringindo-se apenas a expressar um juízo de valor com relação à mesma.

O que se persegue através da rejeição de certas condutas sexuais, no âmbito dos reinos católicos da Europa pré-iluminista, é a restauração de uma ordem superior, à qual o homem tem acesso através de uma revelação. No plano jurídico medieval (doutrina e legislação) o delito é sempre um pecado, isto porque prevalece uma indistinção “funcional” entre as duas ordens de transgressão. A força da ordem procedia de uma combinação que era “produto de cultura”; tratava-se, portanto, de um processo de “revelação” de algo já existente, que não necessitava ser inventado. Este processo de revelação adquire força e reconhecimento porque apóia-se num discurso sobre a ordem divina e natural do homem e das coi-

(3) Sullivan, 1995; Benhabib, 1998; Pauer-Studer, 1996, p. 55-64.

(4) Pitch, 1998, p. 151.

(5) Esta é, em parte, a posição de autoras como Smaus (1991, 1994, 1995); Pitch (1998); Larrauri (1995) e Bodelón (1998).

(6) Cf. Pitch, 1998, p. 150 *et seq.*

sas. Neste sentido, poderia se dizer que não se trata de uma invenção de política.⁷

A vida física e seus atributos corporais são considerados menos importantes que a alma e os valores ligados à existência da mesma. Para o sistema jurídico, o indivíduo não existe “per se” e a proteção da sua vida não é uma preocupação preponderante. Nos seus estudos sobre o tema, Clavero afirma que nos índices de diversas obras escritas por juristas italianos e espanhóis do *ius commune* não se encontram referências aos “delitos contra a vida”. A doutrina da época não se preocupa sequer em apresentar uma definição de homicídio: na voz “matar” encontram-se elencados somente inumeráveis casos nos quais o homicídio é permitido.⁸

A finalidade central do sistema social e jurídico é a proteção e a salvação da alma. Somente por intermédio dela é que se tem acesso ao indivíduo, é que este se torna “sujeito de direito”. A alma é a verdadeira vida e o corpo mereceria atenção somente enquanto “objeto” do direito, por exemplo, como meio de purgação de culpas. Com esta perspectiva é possível também explicar porque um ato como a masturbação é considerado mais grave que o homicídio. É que a masturbação (e não o homicídio) constitui um ato “contra a natureza”, que nos impõe a procriação.

Crimes como o estupro e a sodomia representam uma quebra da ordem natural e divina e portanto devem ser perseguidos. A conexão exclusiva da sexualidade com a procriação que deve exprimir-se somente no âmbito da família legítima é, de fato, percebida como parte integrante desta ordem.

Aqui, a função principal da persecução e da pena é a expiação de um pecado que lesa toda a sociedade e não certamente a proteção de uma vítima ou de um interesse particular.⁹ Por isso, encontramos dados muito curiosos, como, por exemplo, que o processo por crime de estupro em Portugal só começa a sofrer uma alteração significativa, aproximando-se à nossa cultura jurídica, a partir das reformas legislativas datadas da segunda metade do século XVIII, quando este passa a ser definido, para usar uma terminologia atual, como crime de ação privada.¹⁰ Por outro lado, persegue-se muito mais a homossexualidade masculina que a feminina já que, numa ordem divina e natural, a transgressão é mais grave se o esperma deixa de ser utilizado para a procriação.

Assim mesmo, dizer que na sociedade do *ancien régime* as relações sexuais transgressivas eram vistas como pecados e tratadas segundo normas muito diversas das nossas não quer dizer que o patriarcado não estava presente nas relações de gênero. Indica somente que a estruturação e expressão institucional eram profundamente diferentes.

Obviamente com a mudança de um sistema jurídico a outro, iniciada com o iluminismo jurídico, não se dá uma ruptura completa: vários elementos do sistema anterior serão integrados ao processo de formulação de um “novo” sistema. A descontinuidade se observa sobretudo na construção de um sistema de controle penal

(9) Cf. Hull, 1997, p. 223-228.

(10) Segundo Mendes de Almeida, a legislação das Ordenações em matéria de estupro já havia sido alterada através das leis de 19.06.1775 e de 06.10.1784. O decreto de 31.07.1787 estabeleceu que “a ação penal para o delito de estupro só seria admitida por requerimento das partes a quem isto competia, não devendo mais ser tirada ex-officio”. Ver: Mendes de Almeida, 1985, L.V, tít. XVIII, nota de rodapé n. 1, p. 1.168. As leis de 06.10.1784 e 19.06.1775 encontram-se transcritas nos aditamentos ao L. IV, respectivamente, p. 1.029-1.031 e 1.050-1.051. Sobre a ambígua modernidade da querela privada, ver nota 15.

(7) Clavero, 1990; Sabadell, 1991, p. 2-4, 187 et seq.; cf. Di Simplicio, 1991; Panico, 1991.

(8) Clavero, 1990a. Uma consulta ao repertório do jurista português Augustinus Barbosa, corrobora a ausência de um conceito de homicídio. Ressalta-se que a “ausência de uma conceptualização” não é uma característica específica do sistema jurídico casuístico: Cf. Barbosa, 1713, Lit. H, verbo Homicidium, p. 107-108.

extensivo ou massivo, que substituirá o sistema penal medieval que era *restritivo*, no sentido de ter uma aplicação limitada e concorria com outros meios de coerção, jurídicos ou não. Os delitos em matéria sexual se configuraram nos últimos dois séculos no âmbito do Estado de Direito moderno que se propõe a estabelecer um sistema de garantias – abstratas – para todos os cidadãos.¹¹

Neste processo o patriarcalismo será reestruturado e a mulher não será excluída do sistema jurídico, como muitas vezes se sustenta. Será objeto de uma regulamentação jurídica que a “protegerá”. Não se trata de uma proteção enquanto cidadã “livre e igual”, segundo a promessa do sistema jurídico moderno, mas de uma proteção enquanto propriedade de certos homens.¹²

3. Normas modernas e discriminação

Centrando a nossa análise em algumas das legislações produzidas neste século em

matéria de delitos que ofendem a liberdade sexual, vale notar que a cultura patriarcal exerceu uma grande influência não só com relação ao conteúdo dessas normas, mas também com relação à forma como elas foram construídas.

A matéria em questão, pelo menos até alguns anos atrás, não tinha sido objeto de reformas, apesar das mudanças de costumes nesta área. A uniformidade, no sentido patriarcal, demonstra-se também pelo fato de que a matéria era tratada sem diferenças substanciais pelos vários legisladores na Europa e na América Latina.

Partindo de uma concepção patriarcalista, a função “legítima” da sexualidade é a reprodução do ser humano e deve ser vivida dentro de uma determinada moral que a restringe aos parâmetros familiares. Assim sendo, o círculo se abre e se fecha através da mão do homem, mesmo quando se tratam de problemas sociais onde a vítima em potencial não pertence ao gênero masculino. A violência sexual da qual a mulher, a criança, o adolescente e o próprio homem podem ser vítimas era entendida, até bem pouco tempo atrás, não como uma violência dirigida ao indivíduo, mas sim contra interesses que na realidade transcendem à pessoa humana. Neste contexto, a ordem familiar, os bons costumes, o pudor, a honestidade e a moral eram apresentados como interesses coletivos protegidos através da sanção de certos ilícitos penais.¹³ Neste sentido, o direito masculino refletia a mentalidade dominante.

Uma análise comparativa da estrutura da legislação em matéria de delitos que atentam contra a autodeterminação sexual¹⁴ na Europa e na América Latina revela, em

⁽¹¹⁾ Que as chamadas “promessas da modernidade” jamais foram cumpridas, não constitui uma novidade para aqueles juristas que se dedicam ao estudo da história do direito, sobretudo do período sucessivo ao movimento ilustrado. Este tema foi abordado na nossa conferência “A tortura: entre o passado e o presente” (III Congresso Nacional do Movimento do Ministério Público Democrático do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, 18 a 21. 03. 1997). Nesta conferência foram apresentadas as denúncias feitas por dois personagens históricos que, apesar de contemporâneos, provavelmente não se conheceram: Manzoni (literato italiano) e Pacheco (jurista e deputado espanhol) logo nas primeiras décadas do século XIX (respectivamente 1835 e 1836). Ambos teceram duras críticas ao sistema de justiça penal do seu tempo, demonstrando como este se havia afastado dos ideais do movimento iluminista.

⁽¹²⁾ Neste sentido, se discorda de Chiantera, quando afirma que no espaço cognitivo, dominado pela lei, a mulher era inexistente. É bem verdade que ela não representava um “sujeito jurídico autônomo”, como afirma a autora, mas isso não significa que deixasse de ser regulada pelo direito. Cf. Chiantera, 1996, p. 321.

⁽¹³⁾ Veja, entre outros, Sick, 1993, p. 57-63.

⁽¹⁴⁾ Como se verá, a expressão “delitos contra a autodeterminação sexual” é a mais adequada para definir tais delitos. Esta constitui o título da seção 13 do CP alemão: “Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”, que compreende os arts. 174 a 184c. Outros autores também adotam essa expressão: Moccia, 1997, p. 115 *et seq.*

pelo menos cinco pontos,¹⁵ a presença de elementos de uma concepção patriarcal do direito, e também indica a existência de normas que discriminam diretamente a mulher.

- (15) Além dos problemas que se apresentam no âmbito do direito penal, também se apresentam problemas em nível processual penal, especificamente com relação à ação penal. Em diversos ordenamentos jurídicos, o estupro é configurado como delito de ação privada (esta é a expressão empregada), com a particularidade que a partir do oferecimento da queixa a ação passa a ser “irrenunciável”. Isto constitui uma dupla exceção normativa: de um lado, os crimes de comparável gravidade são perseguidos através de ação penal pública e, por outro lado, a ação privada é – em alguns países como na Itália – irrenunciável. A necessidade de queixa do ofendido no delito de estupro se “justifica” como uma medida de proteção da sua privacidade e da intimidade familiar. Assim sendo, o “direito concede à vítima” a oportunidade de decidir se deseja ou não “envolver-se” num processo que muitas vezes resulta humilhante e estigmatizante para a mesma. Cria-se assim uma configuração excepcional, segundo uma lógica que poderia ser denominada de “patriarcalismo moderno”, isto é, uma lógica que regula as relações patriarcais na esfera privada e se diferencia de um sistema patriarcal “público”. Nos sistemas modernos, o procedimento geralmente resulta discriminante para a mulher, porque esta acaba sendo submetida a um processo de vitimização secundária. Em outras palavras, o processo “ratifica” a imagem da sua “cumplicidade” (cf., por exemplo, Smaus, 1994, p. 86, 89). Neste sentido, a opção pelo processo de iniciativa do Ministério Público significa uma “normalização” dos ilícitos sexuais, enquanto lesões publicamente intoleráveis. Assim mesmo, muitas feministas que adotam uma ótica “diferencial” (a diferença social da mulher, que nesta sociedade é identificada como fragilidade) vêem na ação penal privada um instrumento de proteção da autonomia feminina, deixando à vítima a iniciativa de denunciar ou não esta lesão (socialmente e pessoalmente) “particular”. Dada a ambivalência das soluções propostas e o seu caráter puramente simbólico (com a adoção do procedimento de ofício somente se declara, em nível normativo, a “inocência” da vítima, dado que

Antes de iniciar esta análise, é necessário destacar que a realidade jurídica em diversos países nem sempre corresponde aos enunciados da lei. Diante da falta de uma reforma legislativa é a jurisprudência que assume a tarefa de adequação da norma à realidade social. Como consequência, a jurisprudência – se confrontada com a lei –, pode muitas vezes resultar menos discriminante para a mulher. Porém, este sutil “equilíbrio”, criado pela jurisprudência, não substitui a necessidade de reformas legislativas. A matéria penal é muito taxativa, sendo extremamente arriscado deixar que sua atualização se realize através de “corretivos jurisprudenciais”, que não podem garantir a segurança jurídica dos cidadãos e nem proporcionar um tratamento uniforme a casos similares.

Permanece assim o fato que o legislador, em níveis normativo e simbólico, continua a propagar mensagens discriminantes contra o gênero feminino. Neste sentido, as mudanças introduzidas em nível jurisprudencial devem ser lidas como um claro sinal da urgência de reformas.

3.1 Bem jurídico protegido

O primeiro aspecto refere-se à denominação dos capítulos dos códigos penais nos quais são inseridos os delitos sexuais. Em muitos códigos são identificados como delitos “contra la honestidad”,¹⁶ “contra a moral publica e os bons costumes”,¹⁷ “con-

na prática as violências sexuais não podem vir à luz sem a denúncia da vítima), não é possível considerar a necessidade da queixa do ofendido(a) como uma medida indubitavelmente discriminante. Sobre esta questão, ver os referimentos normativos e a análise de Virgilio, 1997, p. 97-116 e Pitch, 1998, p. 154-156.

- (16) CP espanhol: Título IX; CP argentino: Título III.

- (17) CP italiano até a reforma de 1996, capítulo I do Título IX; cf. CP “para el distrito y territorios federales” do México, de 1871, título sexto: “delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres”.

tra las buenas costumbres y el orden de la familia".¹⁸

No Brasil, o código criminal do Império situa o estupro (art. 219 a 225) e o rapto (art. 226 a 228) na parte III, título II, capítulo II: "Dos crimes contra a honra". No CP de 1890, o estupro e o rapto passam a ser inseridos no Título VIII: "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor". O título permanecerá inalterado na Consolidação das Leis Penais de 1932. No CP de 1940 (em vigor) os delitos em questão estão estabelecidos no título VI: "Dos crimes contra os costumes".¹⁹

No velho CP francês, datado de 1810, estes delitos estão situados em uma seção intitulada "atentados contra os costumes".²⁰ O novo CP francês (1994) insere estes delitos na seção intitulada "sobre as agressões sexuais". Este título é semelhante ao título 15 do CP mexicano para o Distrito Federal, datado de 1931, denominado "delitos sexuales". Na Colômbia, antes da reforma de 1980, estes crimes estavam situados entre os "delitos contra la libertad y el honor sexual", sendo que o atual CP os situa no título XI: "delitos contra a liberdade e o pudor sexual".

(18) CP cubano (até a reforma de 1973); CP venezuelano (ainda em vigor). Na Bolívia, o CP de Santa Cruz, promulgado em 1834, enquadrava o estupro no livro 2.º, título VII "delitos contra las buenas costumbres". Assim mesmo, com a promulgação do CP de 1972, os delitos sexuais são configurados como delitos de ação privada e se situam no mesmo título: "delitos contra las buenas costumbres" (cf. Montañó e Montañó, 1993, p. 140 *et seq.*). Sobre as sucessivas reformas da denominação do título no CP português, ver: Prehaz Natscheradetz, 1985, p. 18; Torrá, 1995, p. 558.

(19) A reforma introduzida com a lei dos crimes hediondos apenas estabelece um aumento de pena para alguns dos delitos do título. Para uma análise da mesma, cf. Toron, 1996.

(20) "Attentats aux mœurs". Esta seção sofreu reformas no ano de 1980, sem que se alterasse o seu título.

A concepção patriarcalista do bem jurídico tutelado é clara nestes títulos. As recentes reformas em muitos países exprimem uma tendência de superação desta concepção – pelo menos em nível programático. Tratam-se de reformas que identificam como objeto de proteção, a liberdade sexual da pessoa e não mais a proteção de interesses que transcendem o indivíduo.

Na Alemanha, após a reforma de 1973, a denominação é "dos delitos contra a autodeterminação sexual" (seção 13 da parte especial)²¹ e, na Grécia, após a reforma de 1984, "dos crimes contra a liberdade sexual e contra a exploração econômica da vida sexual" (capítulo 19 da parte especial).

Na Espanha, após a reforma de 1989, estes tipos penais encontram-se agrupados no título denominado "de los delitos contra la libertad sexual" (título IX, livro II). O legislador espanhol, no preâmbulo da lei que introduziu esta reforma, observa que a mudança deve-se à necessidade de "respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión 'honestidad' por 'libertad sexual' ya que esta es el auténtico bien jurídico atacado".²²

Na Itália, o legislador não adotou a proposta do "Schema di legge delega per la riforma del codice penale italiano" (1992) e de outros projetos de lei que inseriam estes delitos no título "dei reati contro la libertà sessuale", optando pelo título "dei delitti contro la libertà personale".²³

3.2 Sujeito passivo

Um outro ponto de crítica refere-se à qualidade do sujeito passivo (nestes casos trata-se sempre da mulher) para fins de construção do tipo penal ou de fixação da

(21) Sick, 1993, p. 78-82.

(22) Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junho. Atualização do Código Penal (*Boletim Oficial do Estado de 22.06.1989*), Preâmbulo.

(23) Virgilio, 1997, p. 22-39.

pena, tal como determinam muitas legislações, ainda vigentes na América Latina. Deve-se tratar de “mulher honesta” ou “casta e honesta”. Para o legislador brasileiro, a qualidade “mulher honesta” constitui um elemento objetivo do tipo dos delitos “posse sexual mediante fraude”, “atentado ao pudor mediante fraude” e “rapto violento ou mediante fraude”, enquanto que a “virgindade” é elemento objetivo do tipo do crime de “sedução”.²⁴ Normas similares encontram-se, entre outros, nos CP mexicano de 1931,²⁵ peruano de 1924²⁶ e boliviano de 1972.²⁷

Quando a vítima de determinados delitos sexuais não é “honestas”, essa qualidade pode funcionar como atenuante de pena. Este é o caso do código criminal do Império (Brasil), que no art. 222 prevê o tipo “estupro violento”: “Ter cópula com qualquer mulher honesta (...). Pena de três a doze anos. Se a violentada for prostituta: pena de um mês a dois anos”.²⁸

Por último, a virgindade, como forma suprema da “honestidade”, é prevista, no CP brasileiro, como agravante de pena, no

delito de posse sexual mediante fraude, quando este é praticado contra mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14 anos.²⁹

A “mulher honesta”, que em linhas gerais poderia ser definida como a virgem ou a casada que honra o matrimônio, só existe em contraposição à prostituta ou à “mulher de vida desregrada”. É sobre o corpo da “mulher honesta” que o direito penal resgata a moral e os bons costumes.

Sob nenhuma hipótese pode ser admitido que os códigos penais, em matéria de delitos contra a autodeterminação sexual, permaneçam descrevendo tipos penais baseados em distinções discriminantes, não servindo as matizações que se fazem em certos manuais de direito penal.³⁰

(24) Respectivamente, arts. 215, 216, 219 e 217 do CP brasileiro.

(25) A sedução de menor de 18 anos é punida se a mulher é “casta e honesta” (art. 262 do CP mexicano para o Distrito Federal).

(26) A sedução de uma jovem entre 14 e 18 anos é reprimida se a vítima possui uma “conducta irreproachable” (art. 201).

(27) Cf. Montañó e Montañó, 1993: “El estupro es definido por el código penal como el acceso carnal mediante seducción o engaño con mujer honesta que hubiera llegado a la pubertad y fuera menor de diez y siete años” (p. 140).

(28) Esta mesma atenuante está prevista no art. 393 do CP venezuelano. Referindo-se a esta norma, Aniyar de Castro observa: “Esa honestidad también vale más que la libertad: el acceso sexual forzado con una prostituta, o para decirlo más claro, su violación tiene atenuante de pena en nuestra legislación. Como no es honesta, no tiene libertad de elegir. Su cuerpo, curiosamente en esta economía de mercado, es el único objeto cuyo robo es menos castigado por haber estado a la venta” (1992, p. 57).

(29) Art. 215, parágrafo único: “Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos: Pena—reclusão de 2 a 6 anos”.

(30) Jesus, 1986a, p. 93 *et seq.* Nesta edição dos anos 80, ao comentar o crime de “posse sexual mediante fraude”, o autor apresenta um conceito “moderno” de mulher honesta: “Mulher honesta é aquela que se conduz dentro dos padrões aceitos pela sociedade onde vive. É a que mantém uma conduta regrada, honrada e decente, de acordo com os bons costumes. Não se exige, todavia, um comportamento irrepreensível, mormente dentro dos padrões de liberdade sexual hoje predominantes. Pautando-se a mulher pelo mínimo de decência exigido pelos nossos costumes, será considerada honesta” (p. 109). O autor percebe, ao menos em parte, quão absurda é tal legislação, mas não se expõe demasiadamente e acaba por revelar seu ponto de identificação com essa cultura machista afirmando: “Só deixa de ser honesta a mulher fácil, que se entrega a todos os que a desejam, que desrespeita franca e abertamente as convenções sociais, somente se diferenciando da prostituta por não exigir paga por seus favores. É a mulher de vários homens, desregrada e de costumes dissolutos, que se entrega por interesse ou depravação, sem guardar o mínimo de ética sexual exigível” (p. 109-110). Fica no “ar” (entre tantas dúvidas), uma definição do conceito de “homem honesto”, que o autor, em contraposição à “mulher de vida fácil”, esqueceu de descrevê-lo.

3.3 O espaço masculino por excelência

Uma direta expressão da cultura patriarcal em matéria de delitos contra a autodeterminação sexual é o papel do homem enquanto "proprietário" da mulher.³¹ O exemplo mais característico nos fornecem os diversos ordenamentos que não punem o estupro quando praticado pelo cônjuge da vítima.³² Em tal modo garantem negativamente o que Padovani denominou de "stato di vera e propria soggezione sessuale che esclude in radice l'esistenza (...) di un ambito di libertà suscettibile di tutela".³³

Também é possível constatar a posição subalterna da mulher através de dispositivos que obstem o prosseguimento da ação no caso de estupro ou rapto se o agente contrai matrimônio com a vítima.³⁴ Nesta perspectiva se situa o CP brasileiro que prevê a diminuição de pena nos crimes de rapto violento ou mediante fraude e rapto consensual se estes são cometidos para fim de casamento (art. 219 a 221).

(31) A expressão aqui empregada não denota exa-gero. Até pouco tempo atrás algumas legislações faziam uma clara referência à mulher enquanto propriedade do homem, sobretudo dentro do matrimônio. Na Inglaterra era inclusive previsto a possibilidade de "venda" da esposa: "Samuel Menefee lists 387 recorded cases of wife-selling (...) occurring regularly from 1553 through to the twentieth century (...). A succesful case was brought in Dublin as recently as 1979" (Pateman 1988, p. 121-122. Para uma análise geral do tema, ver p. 118-153).

(32) Art. 177 do CP alemão (em vigor até o mês de julho de 1997), art. 196 e 198 do CP peruano de 1924, art. 336 do CP grego: "Quem com violência corporal ou com ameaça de perigo (grave e imediato) constringe uma pessoa a manter conjunção carnal, fora do matrimônio, ou a tolerar ou a praticar um ato obsceno é punido com pena de reclusão". Sobre outras legislações v. Hanisch, 1988, p. 82-119.

(33) Padovani, 1997, p. 224.

(34) A título ilustrativo: art. 263 e 270 do CP mexicano para o Distrito Federal de 1931, art. 339 do CP grego (corrupção de menores).

A possibilidade do matrimônio entre a vítima e o agressor permite restaurar uma ordem moral (sexual) que foi lesada pela conduta do autor. Assim sendo, a lesão sofrida pela vítima não é objeto principal da tutela do direito. Neste sentido, o aumento de pena nos crimes contra os costumes (arts. 213 a 222 do CP brasileiro), previsto no art. 226, III ("se o agente é casado"), fundamenta-se na "impossibilidade de o sujeito ativo reparar o mal causado pelo casamento".³⁵

Por último, dentro desta concepção da mulher como "propriedade" do homem, alguns códigos penais prevêm que o marido pode dar início à ação privada.³⁶

Pode-se aplicar a estas normas a crítica sarcástica feita por Aniyar de Castro ao CP venezuelano: "tenemos un código penal, como se ve, que protege abiertamente las propiedades de los hombres: robarles el auto, la cartera, la esposa, el betamax todo esta castigado. No al revés, ciertamente; que nos roben el marido no tiene pena. Después de todo, hasta los sagrados Mandamientos se referían a la mujer y no 'al hombre de la prójima'...".³⁷

3.4 Separação entre conjunção carnal e ato libidinoso

O delito de estupro foi talvez um dos pontos mais debatidos na reforma dos delitos contra a autodeterminação sexual efetuada por alguns países. O ponto central refere-se à unificação de dois fatos: con-

(35) Jesus, 1986a, p. 147.

(36) É este o caso do CP mexicano para o Distrito Federal de 1931. Art. 271: "No se procederá contra el raptor, sino por quejas de la mujer ofendida o de su marido, si fuere casada (...)".

(37) Aniyar de Castro, 1992, p. 56. Explicando como vige no CP venezuelano uma concepção da mulher como objeto de posse do homem, Aniyar de Castro recorda que se o autor do delito de infanticídio, aborto ou abandono for um homem parente próximo da mulher, ele pode usufruir de uma atenuante de pena (art. 413), não importando se a mulher tinha intenção de ter ou permanecer com o filho.

junção carnal e ato libidinoso. A punição mais severa para o crime de estupro³⁸ indica que o legislador privilegia a proteção da função reprodutiva legítima, isto é, aquela realizada dentro de um contexto matrimonial. Esta constatação não provém da crítica feminista, mas da doutrina penal (nesse caso, a alemã) que desta forma “explica” a separação dos dois fatos típicos.³⁹

As reformas exprimem três tendências principais no que se refere à tipologia de atividades que constituem um ilícito penal.

A primeira refere-se à unificação de, ao menos, três atos dentro do delito de estupro: o coito vaginal, anal e oral. Parte-se do princípio de que não existe distinção de ilicitude do fato com relação à forma de penetração praticada sem o consentimento da vítima e que estes três atos abarcam o que se denomina de conjunção sexual. O sexo do sujeito ativo é também indiferente para a configuração deste tipo.

Assim sendo, o constrangimento à penetração é considerado como a forma mais grave de violência sexual. Todos os atos que constituem ações sexuais ilícitas,⁴⁰ diferentes das anteriormente mencionadas, são considerados e/ou denominados “agres-

sões sexuais”, sendo reagrupados em um outro fato típico.⁴¹ Nesta primeira tendência inserem-se as reformas realizadas em 1989 na Espanha⁴² e em 1980, na França.⁴³

A segunda tendência, é a de tipificar diversas figuras delitivas, numa construção de caráter casuístico, que leva, sobretudo em consideração, o grau de violência e as consequências que podem gerar à vítima. Este modelo, que considera como critério principal da ofensividade do fato a situação concreta tal como vivida pela vítima, foi adotado no Canadá depois das reformas consecutivas dos anos 80 e 90.⁴⁴

Uma terceira tendência é aquela expressa nas reformas italiana (1996) e alemã (1997), onde foram unificadas, num único tipo penal, as formas de conjunção sexual e outras ações sexuais (atos libidinosos).⁴⁵ Com a reforma alemã, foram unificados os arts. 177 e 178 do CP (que correspondiam ao estupro e atentado violento ao pudor do CP brasileiro) e se modificou a definição destes delitos.⁴⁶ O estupro (*Vergewalti-*

(38) O legislador brasileiro, através da Lei 8.072/90, estabelece a mesma pena tanto para o art. 213 (estupro-conjunção carnal) como para o art. 214 (atentado violento ao pudor – ato libidinoso). Do exame de diversos códigos penais europeus e latino-americanos, observa-se que em geral se estabelece uma pena mais severa para a conjunção carnal que para o ato libidinoso.

(39) Horn, 1995, § 177, n. 2; cf. Teubner, 1988, p. 86-87; Sick, 1993, p. 224-226.

(40) Poração sexual se entende “toda acción en la que el autor, por medio de contenidos objetivos extremadamente variables, aspira a involucrar a otra persona en un contexto sexual. (...) Por contexto sexual se ha de entender toda situación social para cuya valoración el sujeto activo, cuando menos, echa mano de los juicios de valor referentes al instinto humano que suscita atracción entre los sexos”. Díez Ripollés, 1985, p. 123.

(41) Isto obviamente não significa a exclusão de outros delitos de natureza sexual (rapto, sedução, corrupção de menores, ato obsceno etc.).

(42) Arts. 429 e 430 (violación y agresiones sexuales).

(43) Art. 332 (“viol”) e art. 333 (“attentat à la pudeur”), introduzidos pela Lei 80-1041 de 23.12.1980 no velho CP francês. Estes artigos sofreram algumas modificações (sem que se alterasse a estrutura dos mesmos) no novo CP de 1994 (art. 222-23 “viol” e art. 222-27 “autres agressions sexuelles”).

(44) Virgilio, 1997, p. 117 *et seq.*, 157 *et seq.*

(45) Art. 609-bis do CP italiano e art. 177 do CP alemão.

(46) § 177 do CP alemão:

“Atentado violento ao pudor; Estupro (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)

(1) Quem

1. através de violência;

2. através de ameaça de um perigo eminente à vida ou à integridade física, ou então;

3. aproveitando-se de uma situação na qual a vítima encontra-se exposta, sem defe-

gung) passa a compreender todas as ações sexuais particularmente humilhantes, sobretudo aquelas praticadas com penetra-

sa, à ação do autor, constrange uma pessoa a sujeitar-se a atos sexuais do autor ou de uma terceira pessoa ou a praticar tais atos ao autor ou a uma terceira pessoa é punido com pena privativa de liberdade não inferior a um ano.

(2) Nos casos particularmente graves a pena privativa de liberdade não pode ser inferior a dois anos. Um caso particularmente grave existe, em geral:

1. quando o autor pratica com a vítima (ou obriga a vítima a praticar com ele) uma conjunção carnal ou outros atos sexuais similares, que a humilham em modo particular, especialmente se com estes atos se realiza uma penetração no corpo (estupro), ou

2. se a ação for cometida com o concurso de pessoas.

(3) A pena privativa de liberdade não pode ser inferior a três anos se o autor;

1. porta consigo uma arma ou outro instrumento perigoso,

2. porta consigo outro instrumento ou meio (Mittel) para impedir ou superar a resistência de outra pessoa com violência ou ameaça de violência, ou

3. através da sua ação coloca a vítima em grave perigo de saúde.

(4) A pena privativa de liberdade não pode ser inferior a cinco anos se o autor

1. para realizar a sua ação utiliza uma arma ou outro instrumento perigoso ou

2. se com a sua ação

- a. realiza um maltrato corporal de natureza grave contra a vítima ou

- b. expõe a vítima a perigo de morte.

(5) Os casos menos graves do n. (1) são punidos com pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos, os casos menos graves dos n. (3), (4) são punidos com pena privativa de liberdade de um a 10 anos".

A reforma foi aprovada em 01.07.1997 e entrou em vigor em 05.07.1997. Seis meses depois o parlamento alemão realiza uma nova reforma, aprovada em 26.01.1998, vigorando a partir de 01.04.1998. A segunda reforma introduz as formas qualificadas tratadas nos números (3), (4). Com esta última reforma, a

ção, tanto de um órgão humano como de um objeto. O "atentado violento ao pudor"⁴⁷ compreende todos os atos sexuais em que a vítima é constrangida a praticar ou a tolerar que com ela sejam praticados.⁴⁸

Um grande problema, objeto de debate dos juristas e do movimento feminista, refere-se à "estratégia legislativa" mais adequada para garantir a autodeterminação sexual de ambos os gêneros e de respeitar os princípios fundamentais do direito penal de um Estado Democrático de Direito, de um sistema (que deveria ser) garantista, protegendo os direitos fundamentais de todos.⁴⁹

Não existe uma resposta unívoca. Do ponto de vista comparativo, pode-se dizer que entre as reformas realizadas até o momento, o modelo alemão da unificação de fatos típicos é o que melhor responde às exigências de tutela da autodeterminação sexual. É isto por três razões principais:

legislação alemã tende a aproximar-se do modelo casuístico já anteriormente apresentado, ampliando os casos de qualificação do delito. Finalmente, com a reforma de 1998, o legislador transferiu uma das figuras qualificadoras do estupro ao art. 178, aumentando as penas previstas.

§ 178: "Atentado violento ao pudor e estupro seguido de morte.

Se o autor provocar com o atentado violento ao pudor ou estupro (§ 177) de modo ao menos culposos (culpa grave – "leichtfertig") a morte da vítima, a pena é de prisão perpétua ou pena de privação de liberdade não inferior a 10 anos".

⁽⁴⁷⁾ *Sexuelle Nötigung*, literalmente traduzido: constrangimento sexual.

⁽⁴⁸⁾ Sobre a interpretação dos arts. 177 e 178 antes da reforma, consultar, entre outros: Schönke e Schröder, 1991, *Vorbermerkungen zu den §§ 174 ff.*, § 177, § 178; Sick, 1993, p. 95-254; Horn, 1995, § 177, n. 2 *et seq.*; § 178, n. 3 *et seq.*; depois a reforma, cf. Horn, 1998; Dessecker, 1998, p. 1-2.

⁽⁴⁹⁾ Moccia, 1997, p. 155 *et seq.*; Padovani, 1997, p. 219-244; Frommel, 1996. Para uma reconstrução desta discussão, ver: Sick, 1993, p. 325 *et seq.*; Virgilio, 1997.

– Apresenta um conceito de estupro mais adequado às necessidades da proteção do bem jurídico, porque considera o corpo “sexuado” como um todo. Abandona-se a idéia de uma *tutela fragmentária e diferenciada* do corpo – típica da concepção funcional-patriarcal da sexualidade. Qualquer ato que agrida a autodeterminação sexual da vítima é considerado uma violação do art. 177 e a diferenciação da gravidade da agressão se fará no nível da fixação da pena.

– Trata de modo minucioso as várias formas de lesão. Neste sentido, a reforma alemã observa o princípio “nullum crimen sine lege certa”.⁵⁰

– Combina o aspecto simbólico de uma mensagem política e pessoal forte (todas as ações sexuais ilícitas integram o mesmo fato típico) com um sistema de penas que permite ao juiz, nesta matéria tão complexa, fixar a quantidade de pena movendo-se entre limites (mínimo e máximo) muito amplos.⁵¹

Se não existe uma resposta ou uma única “receita”, existe uma certeza: no transcorrer deste século foi sendo paulatinamente alterada uma série de costumes e regras vigentes com relação ao exercício da sexualidade. A legislação penal acompanhou, contudo, com extremo atraso este processo, e só nos últimos anos alguns países tentaram adaptar suas legislações às exigências sociais. Talvez a explicação resida na

“força inercial” que a cultura patriarcal exercita diante da evolução social.⁵²

Neste sentido, Padovani observa que “la posta in gioco (...) è in realtà la posizione della donna che da oggetto incidentale da una tutela proiettata in una dimensione funzionale, si trasforma in soggetto titolare, di una libertà che, in materia sessuale, rappresenta una delle più faticose, travagliate (e contestate) conquiste del secolo”.⁵³

3.5 Violência/consenso

Um exame da legislação comparada indica que um elemento objetivo dos delitos de “estupro” e “atentado violento ao pudor” é constranger a vítima a determinados atos sexuais mediante violência ou grave ameaça.

Os códigos penais brasileiro (arts. 213 e 214), colombiano (arts. 298 e 299 de 1980), mexicano (art. 265 de 1931), peruano (art. 196 de 1924), venezuelano (art. 375), italiano (art. 609 bis)⁵⁴ e grego (art. 336) estabelecem, com pequenas variações terminológicas, que o meio empregado pelo agente deve ser violência ou grave ameaça e o verbo usado é “constranger”.

O CP boliviano fala em “violencia física o intimidación”⁵⁵ e o espanhol emprega a expressão “fuerza o intimidación”.⁵⁶ Por último, o velho CP francês (art. 332) exigia o uso de “violência, constrangimento ou surpresa”; o novo código (art. 222-23) acrescentou a estes meios a “ameaça”.

O CP alemão, depois da reforma de 1997, acrescentou na descrição dos meios de co-

(50) O legislador italiano, apesar de exprimir a mesma tendência de unificação dos fatos típicos, usa formulações genéricas e indeterminadas, referindo-se somente a “atos sexuais” e a “casos de menor gravidade” (art. 609-bis). Sobre o problema de interpretação deste artigo, ver: Virgilio, 1997, p. 78; Pitch, 1998, p. 264.

(51) Cf. Frommel, 1996, p. 169-174. Em todo o caso, o fato de que em um prazo de seis meses a matéria tenha sido novamente submetida a uma reforma indica que existe uma tendência à produção de uma legislação de caráter emergencial que, como veremos adiante, resulta prejudicial ao tratamento do problema.

(52) Como observa Smaus (1994, p. 94-97), entre o patriarcado como ordem de dominação “ilegítima” e o poder legal do Estado criam-se relações de apoio recíproco.

(53) Padovani, 1997, p. 220.

(54) Antes da reforma de 1996: Art. 519: “Chiunque, con violenza o minaccia, costringe (...)” e posterior à reforma: Art. 609 bis: “Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe (...)”.

(55) Ver Montaña e Montaña, 1993, p. 140.

(56) Art. 429, 1.º.

ação a conduta de quem “se aproveita de uma situação na qual a vítima encontra-se exposta, sem defesa, à ação do autor”. A intenção do legislador era justamente de abranger os casos nos quais a vítima, dadas as circunstâncias, encontra-se incapacitada a opor resistência. De todas formas, este artigo cobre somente os casos em que essa situação foi causada pelo autor, na intenção de facilitar a prática do delito.⁵⁷ Desta forma, o legislador alemão não escapa da lógica violência/reação/ação sexual, prevendo somente uma exceção na qual o exercício de violência resulta das circunstâncias supérfluo e reação impossível.

Parte da doutrina entende que o mero dissenso da vítima é suficiente para caracterizar uma ação sexual ilícita. De fato, não é raro, nem inexplicável que uma mulher, frente a uma situação de estupro, se limite a manifestar ou expressar o seu dissenso. Muitas vezes a mulher atua desta forma na tentativa, mais que legítima, de minimizar o risco de uma violência ainda maior. Em outras palavras, tenta evitar que o agressor empregue meios ainda mais violentos para a consecução do seu ato. E a experiência demonstra que o estupro muitas vezes é praticado em conexão com outros atos de violência, como, por exemplo, o homicídio ou lesões corporais graves.

Por outro lado, em inumeráveis casos, em que há um relacionamento social ou afetivo entre agressor e vítima, esta pode não ter a possibilidade (objetiva ou subjetiva) de manifestar uma forte “reação” frente ao mesmo. Esta é a típica situação de uma dona de casa que é agredida sexualmente pelo marido, com o qual ela mantém inte-

resses vitais (futuro dos filhos, situação de dependência econômica etc.).

Segundo Padovani, a necessidade da violência (ou ameaça) “è figlia di una concezione dei rapporti sessuali ancorata all’idea di ‘conquista’ della preda sessuale che, se non reagisce attivamente alle iniziative (...) si dimostra per ciò solo in re ipsa disponibile a cedere all’altrui volontà. Insomma, la persona esposta all’iniziativa sessuale altrui non può contare sulla tutela del proprio dissenso; deve in primo luogo preoccuparsi di risultare ‘costretta’.”⁵⁸

A concepção do papel da mulher, que deve sacrificar-se para defender a honra da sua família, não deve ser criticada apenas de um ponto de vista externo, como indício da configuração funcional-patriarcal do fato típico em exame. Também do ponto de vista da sistemática penal encontra-se em contradição com a configuração do elemento objetivo do tipo em outros delitos contra a autodeterminação pessoal, onde os legisladores consideraram suficiente que estes se realizem contra a vontade de quem de direito.⁵⁹

No art. 150 do CP brasileiro (violação de domicílio), a violação da “paz doméstica” é punida quando alguém entra ou permanece de forma clandestina ou astuciosa, ou contra a vontade de quem de direito, em casa alheia. Para que se caracterize o delito basta “penetrar ou permanecer” apesar do dissenso do dono da casa. Dependendo de como se realiza a ação delitiva, o dissenso pode ser expresso, tácito e inclusive presumido.⁶⁰ O emprego de violência não constitui um elemento objetivo do tipo, tratando-se apenas de uma qualificadora do tipo em questão (art. 150, § 1.º).

Comentando o art. 123 do CP alemão (*Hausfriedensbruch*), a doutrina afirma que para realizar a “entrada ilícita numa casa

(57) Horn, 1998, n. 14 e 18, p. 42-45. O exemplo clássico é o do autor que conduz a vítima a um lugar ermo; neste caso a resistência da vítima perde completamente a importância. Uma outra opinião sustenta que não deve obrigatoriamente existir um nexo causal entre a situação na qual se encontra a vítima e a intenção do autor. Cf. Dessecker, 1998, p. 2. Trata-se assim de uma interpretação mais extensiva da norma incriminadora.

(58) Padovani, 1997, p. 225; cf. Sick, 1993, p. 151, 180.

(59) Padovani, 1997, p. 221-231; Virgilio, 1997, p. 59-69; Sick, 1993, p. 334.

(60) Jesus, 1986, p. 282-283.

alheia” basta que o dono não tenha dado a sua “permissão”, visto que a casa é um lugar onde se exercita a “privacidade” e que qualquer pessoa, no sano exercício de suas funções mentais, tem a capacidade de perceber que não pode penetrar na esfera privada alheia (*Privat- und Geheimsphäre*) sem o acordo (*Einverständnis zum Betreten*) do dono de casa.⁶¹

Em modo similar, o CP brasileiro pune a privação da liberdade mediante seqüestro ou cárcere privado, sem exigir, como elemento objetivo da conduta, o emprego da violência ou grave ameaça (art. 148). Uma conduta similar é prevista como delito no CP alemão (§ 239: *Freiheitsberaubung*). Neste caso, a doutrina alemã afirma que para a consumação do delito é suficiente que a vítima expresse o seu “desejo de deixar o lugar onde se encontra”. A doutrina ainda vai mais além, especificando que mesmo que a vítima não chegue a “desejar” sair do lugar onde se encontra detida (pense-se, por exemplo, no caso da vítima que sofre de uma doença mental) é suficiente uma “vontade hipotética” (*hypotetischer Wille*) que seria expressa se a mesma fosse liberada do controle do autor.

Ainda que exista o consentimento, a doutrina entende que é necessária uma coincidência absoluta entre a ação do autor e a vontade da vítima com relação ao modo e a duração da reclusão (é o caso de um usuário de drogas que pede a um amigo para trancá-lo num quarto e este, além de trancá-lo, também o algema). A exigência da coincidência absoluta é também colocada para as causas de exclusão da anti-juridicidade: a jurisprudência alemã impõe ao autor um dever de verificação (*Prüfungspflicht*) das eventuais justificativas (é o caso do enfermeiro de um hospital psiquiátrico que, ao deixar um paciente amordaçado, não poderá justificar sua conduta, alegando desconhecimento dos limites impostos pelas regras hospitalares).⁶²

Como vemos, a posição da legislação e da doutrina frente ao elemento “consenso/dissenso” em outros ilícitos é de tratá-lo da forma mais ampla possível, denotando a busca de uma adequação entre a norma penal e o bem jurídico protegido, que pode ser visualizada no uso de expressões como “vontade hipotética da vítima” ou “dissenso presumido”.

O estupro, tal como está tipificado em diversas legislações, é um delito que se realiza em dois atos: o primeiro é a agressão sofrida pela vítima, que deve opor alguma forma de resistência; o segundo, a agressão sexual em si. No caso da violação de domicílio não existe a necessidade que se chegue a empregar nenhuma forma de violência contra a vítima; o mesmo esquema “simples” vale no caso da privação de liberdade de locomoção. Isto porque o legislador quer proteger os titulares de respectivos direitos humanos, partindo do pressuposto que essas duas formas da autodeterminação pessoal são claramente visíveis e que ninguém pode atacar essa esfera sem o acordo explícito do titular.

Por que no caso da autodeterminação sexual o direito das mulheres à autodeterminação do próprio corpo é muito menos “visível”, fazendo-se necessário o emprego de uma violência e a conseqüente reação da vítima para que se configure o delito de estupro? O emprego de “um constrangimento específico” induz a uma “depreciação da vítima”, colocando-a numa “situação de coerção”, que se demonstra através da sua “resistência” ou, pelo menos, da sua “incapacidade de resistência”.⁶³ Por que o legislador continua considerando necessária esta seqüência de atos, e por que a discussão dogmática sobre as reformas se reduz à determinação dos “limites da violência” que qualificaria o delito de estupro?⁶⁴

1996, n. 2-4, 9, 10 e 12; p. 21-23, 25-26. Os exemplos citados são em parte de nossa autoria.

⁽⁶¹⁾ Rudolphi, 1994, n. 13, p. 5.

⁽⁶²⁾ Sobre a interpretação deste artigo, confrontar a doutrina e jurisprudência citadas por Horn,

⁽⁶³⁾ Assim se interpreta os requisitos da ação delitiva segundo o novo art. 177 do CP alemão Horn, 1998, n. 3, 8, 14, p. 38, 40, 43.

⁽⁶⁴⁾ V. p. es. Dessecker, 1998, p. 1-2.

Os exemplos aqui discutidos demonstram que a dificuldade não é de ordem teórica, mas se conecta com representações sociais patriarcais, que criam um direito implícito dos homens de terem acesso ao corpo das mulheres e das crianças.⁶⁵ Uma análise do conteúdo simbólico destas normas também indica que o legislador apenas trata de punir os “abusos” deste “direito”, quando cometidos com emprego de violência explícita.

Para uma configuração do estupro como delito contra a autodeterminação sexual da pessoa humana, bastaria então que a vítima expressasse o seu dissenso ou, segundo uma proposta mais radical (mas nem por isso menos razoável), que das circunstâncias do delito ficasse evidente que o agressor *contrariara a vontade da vítima*.⁶⁶ Uma tal configuração estaria de acordo com a lógica do direito penal “moderno”, com a percepção atual da sexualidade como ato voluntário e não como atividade cuja iniciativa e o prosseguimento são de incumbência dos homens. Neste sentido, também contribuiria ao processo de desmistificação de tais delitos, permitindo que estes sejam tratados em pé de igualdade com tantos outros delitos.⁶⁷ A ameaça ou violência deveriam ser tratadas em nível de tipificação como formas qualificadoras e não constitutivas do delito de estupro.

4. A crítica minimalista e suas aporias

Os adeptos de um direito penal mínimo tendem a ser contrários a esse tipo de proposta e, em geral, à lógica das recentes reformas. O temor é de que, por um lado, se amplie o campo de ação do direito penal

e, por outro, não se obtenham resultados positivos com este tipo de ação.

Moccia, criticando a reforma italiana, afirma que se trata de uma legislação emergencial, caótica e de “sterile simbolicità”. Uma das características deste tipo de legislação é o rigor repressivo.⁶⁸ O fato de que as penas cominadas sejam muito elevadas e que a formulação do fato típico seja muito ampla não significa que na prática se obtenha uma proteção efetiva do bem jurídico. Trata-se, então, de uma expressão da exigência ideológica de “resposta” às pressões da opinião pública. Isto faria parte de uma campanha de *law and order* que produz um direito penal simbólico e induz a população a acreditar que a pena privativa de liberdade pode resolver conflitos e problemas de violações de direitos humanos.⁶⁹ Partindo desta perspectiva, não se deveria nem ampliar a descrição do ato sexual ilícito, nem substituir, *a fortiori*, a exigência da “violência ou grave ameaça” pelo simples “dissenso” da vítima.

Apesar de ser verdade que por trás destas reformas exista um interesse em dar respostas às pressões da opinião pública, isto não significa, como bem ressalta Moccia, que não haja uma necessidade de revisão da matéria.⁷⁰ A reformulação de velhos tipos penais em matéria de delitos sexuais só poderá ser satisfatória, do ponto de vista da dogmática penal e da proteção dos direitos humanos das mulheres, na medida em que se tome distância de um discurso de *moral panic*.

Assim mesmo, o discurso minimalista deixa de apreciar um elemento muito importante com relação a tais delitos. Limitando-se a uma análise abstrata, que pode ser aplicada a qualquer categoria de ilícito

⁽⁶⁵⁾ Pateman, 1988; Smaus, 1994.

⁽⁶⁶⁾ Virgílio, 1997, p. 68-69; esta é a proposta dos projetos de reforma em muitos países ocidentais v. Bender, 1987, p. 450; Sick 1993, p. 334, 373; Frommel, 1996, 169; Pitch, 1998, p. 175-176.

⁽⁶⁷⁾ V. p. es. Pitch, 1998, p. 175.

⁽⁶⁸⁾ Moccia, 1997, p. 115 *et seq.*; cf. Pitch, 1998, p. 163. Por outro lado, os poucos minimalistas alemães mantêm-se, até o momento, silenciosos com relação ao tema.

⁽⁶⁹⁾ Moccia, 1997. Sobre o direito penal simbólico em geral, ver: Hassemer, 1989; Baratta, 1990.

⁽⁷⁰⁾ Moccia, 1997, p. 115, 116 e 131.

tos penais, o minimalismo não integra no seu raciocínio a estrutura patriarcal que influi na forma como são tratados tais delitos.⁷¹ Partindo de uma perspectiva de proteção integral dos direitos humanos da mulher e da criança, que são as típicas vítimas deste tipo de agressão, é possível adotar duas posições no confronto do direito penal, segundo o nível do discurso adotado: ou se afronta essa estrutura de opressão, empregando meios que possibilitem uma resposta penal adequada, ou, discutindo em nível extra-sistemático, se afirma que o instrumental penal é ineficaz ou inclusive danoso nesta área, abdicando-se então do seu emprego.

No primeiro discurso, a descrição legal deve, por motivos de coerência jurídica e lógica, ser capaz de refletir o ato que o legislador tem a intenção de proibir. Porém, no direito vigente, os atos que lesam a autodeterminação sexual encontram-se apenas parcialmente descritos nos diversos códigos penais anteriormente mencionados, parcialidade esta que reflete uma tomada de posição em favor de uma concepção patriarcal do direito penal.

Seria possível afirmar que se tratam de leis datadas da primeira metade deste século, e que, portanto, refletem a mentalidade dominante de um determinado período. No entanto, esta resposta não explica por que tais leis continuam em vigor em diversos países, por que é tão difícil conseguir reformá-las e por que, nas reformas mais recentes, ainda são presentes elementos patriarcais. Não explica, por exemplo, por que na Itália foram necessários 20 anos de debates parlamentares para que se realizasse uma tímida reforma nesta matéria⁷² e por que na Alemanha, apesar das

diversas propostas de leis feitas ao Parlamento desde 1983,⁷³ continuasse em vigor até 1997 a norma que isenta o marido de ser processado pelo estupro de sua esposa, recordando que esta isenção foi apoiada em grande parte pela doutrina, com um sexismo que dificilmente conseguia esconder-se por trás do aspecto técnico da argumentação.⁷⁴

Uma proteção adequada seria oferecida por uma norma penal que garantisse plenamente “el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento por otra persona en un contexto sexual”.⁷⁵ Uma norma que adotasse uma concepção “individualista” do bem jurídico protegido⁷⁶ refletiria as exigências de proteção dos sujeitos estruturalmente mais fracos e, em consequência, dar uma resposta efetiva aos problemas de proteção institucional.

O patriarcado se caracteriza por um jogo de relações de forças, onde as mulheres e as crianças encontram-se, estruturalmente, numa posição mais fraca, sendo desprovidas de meios de reação efetivos. Uma norma penal que probe somente a *ultima ratio* do patriarcado, isto é, a violência aberta ou a ameaça da violência eminente, não leva em consideração a pluralidade de meios que condicionam a vontade e o comportamento dos sujeitos mais fracos;⁷⁷ desta forma, garante talvez os “direitos de propriedade” do gênero masculino, mas não pode, e nem deseja, tutelar a autodeterminação sexual de todos.

(73) Sick, 1993, p. 327-330; Frommel, 1996, p. 168.

(74) Sobre a opinião da doutrina, cf. Hanisch, 1988, p. 151-201.

(75) Díez Ripolles, 1985, p. 23, Sick, 1993, p. 87.

(76) “O ‘centro da gravidade’ da proteção legal deve ser constituído pelos interesses individuais, em cada um dos crimes sexuais o ofendido deve ser um sujeito individual cuja liberdade sexual foi gravemente lesada pela conduta do agente” (Prelhaz Natscheradetz, 1985, p. 155; cf. Torrão, 1995, p. 556-558).

(77) Smaus, 1994, p. 94-97; Schnock, 1999.

(71) Interessa destacar que este discurso, pelo menos em nível teórico, em outros temas, como a criminalização do uso de drogas, é capaz de integrar a problemática da construção do sujeito “drogado” e a problemática do mercado ilegal de drogas

(72) Virgilio, 1997, p. 13 *et seq.*; Pitch, 1998, p. 149 *et seq.*

A este imperativo corresponde a substituição, por exemplo, do “perigo ou ameaça” pelo “dissenso da vítima”. Isto permite neutralizar, em nível normativo, a interpretação machista e a tendência da impunidade do estupro “privado” que permanece invisível.⁷⁸

Uma “fragmentariedade” em matéria de delitos sexuais não é garantista, e induz a uma discriminação direta dos sujeitos mais fracos, contribuindo, assim, na sua maneira, para a reprodução do direito patriarcal. Qualquer ulterior redução dos atos ilícitos nesta matéria, na lógica do direito penal liberal (no sentido de *Kernstrafrecht*), adquire assim um significado de permissividade que apenas agravaria as violações.

O minimalismo trata o problema do simbolismo de modo nivelador, revelando-se altamente seletivo. Por que colocar na mesma linha de crítica os vários âmbitos do direito penal, se este se apresenta desumano em matéria de entorpecentes, minimalista em matéria de delitos sexuais e tão completo em matéria de proteção da propriedade privada?⁷⁹ Esta é a aporia principal da crítica minimalista às recentes reformas dos delitos sexuais.⁸⁰

(78) Sobre o mecanismo e a frequência do estupro praticado em âmbito privado, consultar, entre outros: Teubner, 1988, p. 82, 86; Smaus, 1994, p. 87-91. Cf. as pesquisas apresentadas na obra de Hanisch, 1988, p. 102-123, 170-174. Algumas referências ao “pacto do silêncio”, que se estabelece entre vítima e agressor, podem ser encontradas em: Goldenberg, 1995.

(79) Cf. Frommel, 1996, p. 165.

(80) Além dos minimalistas, também outros críticos do direito penal rejeitam as tentativas de ampliação dos delitos sexuais. Scheerer, por exemplo, considera que, nesta matéria, as aspirações feministas se dirigem à produção de uma legislação moralista, que objetiva reorganizar a imagem do mundo (“Weltbild”) com a ajuda do direito penal, enquanto “símbolo” de uma nova ordem mundial. Desta forma, as demandas feministas contribuem à legitimação do direito penal (Scheerer, 1995,

5. A crítica feminista ao direito penal

Esta reflexões não significam que não se deva discutir com um forte espírito crítico sobre a adequação do direito penal para a proteção dos direitos humanos e sobre a sua legitimação moral e política. De fato, uma leitura das recentes reformas, partindo do ponto de vista da teoria feminista do direito,⁸¹ não persegue a

p. 245 e 250-253). Neste âmbito, Scheerer assume completamente a crítica abolicionista a este tipo de reforma legislativa. Vale lembrar que nem mesmo o fato de que o abolicionismo sustente uma completa rejeição a qualquer tipo de reformas no direito penal, é capaz de evitar que saiam à luz as suas contradições em matéria de delitos sexuais. Para não correr o risco de entrar numa discussão “intra-sistemática”, o discurso abolicionista assume o risco de legitimar o direito penal na medida em que aceita as discriminações existentes, que estão baseadas em critérios como gênero e raça. Partindo de uma perspectiva crítica e de defesa dos direitos humanos, a posição abolicionista não pode ser aceita porque implica uma legitimação das discriminações existentes. Assim sendo, tanto o abolicionismo como o minimalismo liberal cometem o mesmo erro de confundirem os dois níveis do discurso. O que vale no nível dos princípios da crítica é transportado imediatamente à discussão sobre o direito positivo que, por outro lado, é fundado sobre princípios e valores totalmente diversos. Bender, 1987, p. 451-452 realiza uma severa crítica à posição de Scheerer, destacando os efeitos positivos de uma reforma do direito penal sexual (questionamento do monopólio da violência “privada” dos homens, instrumento de luta contra a constrição das mulheres a uma “auto-exclusão”).

(81) Não existe hoje uma única escola de direito feminino. Existem correntes radicais que elaboram fortes críticas à ideologia jurídica dominante e outras de corte mais liberal, que pleiteiam a elaboração de uma reforma do direito de modo a propiciar uma tutela mais efetiva dos direitos da mulher. Um dos traços comuns entre as diversas correntes é questionar a tradição mais rígida do positivismo ju-

adaptação das necessidades de proteção das mulheres à “lógica do direito penal”. Esta leitura identifica três pontos problemáticos:⁸²

– As recentes reformas têm uma “inspiração” igualitária. A violência sexual é tratada como qualquer outro tipo de agressão contra a autodeterminação do sujeito. Porém, se as típicas vítimas deste tipo de agressão (mulheres e crianças) são protegidas como pessoas lesadas no exercício dos seus direitos, desaparece então o caráter sexual e sexuado destes delitos, ligado à estrutura patriarcal. A universalização/racionalização inerente ao direito penal (responsabilidade pessoal, lesão específica, vítima) torna invisível a estrutura patriarcal, que é caracterizada pela violência que afeta todas as mulheres e também a ambivalência dos papéis feminino e masculino.

– O pressuposto penal da igualdade formal (quem quer que, qualquer um que) simplifica relações complexas como as que se estabelecem entre os gêneros socialmente construídos e apresenta a violência sexual como um evento pontual e excepcional que rompe com uma “legalidade” de relações entre os gêneros, fundada no consenso entre companheiros equiparáveis.

– Enquanto instância de controle social, o direito penal produz um discurso normativo e disciplinante sobre a sexualidade. As reformas que ampliam o seu campo de ação (por ex., a substituição do pres-

ridico, produzindo análises que se situam fora do perímetro do direito vigente. A perspectiva feminista buscou criticar a suposta neutralidade dos conceitos jurídicos, desvendando interpretações masculinas do direito. Além disso, ao analisarem a prática quotidiana do direito, a perspectiva feminista permitiu reforçar algumas “vozes isoladas”, tais como os representantes da criminologia crítica ou de grupos minoritários que denunciam a “falácia” do direito. Ver: Olsen, 1991; Smart, 1994.

(82) Uma análise detalhada do ponto de vista feminista nesta matéria foi realizada recentemente por Pitch, 1998, p. 151, 153, 158, 172, 175, 176, 181, 190.

suposto da violência ou grave ameaça pelo “defeito” no consenso) transmitem uma imagem da sexualidade enquanto um “mal”, se esta não está fundamentada no consenso perfeito de atores adultos em situação de plena igualdade. Porém, o conceito de consenso é difícil de determinar, dada a pluralidade de fatores que determinam uma decisão individual.⁸³ A consequência é que toda a relação sexual torna-se suspeita, isto é, percebida como tendencialmente ilegal, como demonstram também as diversas campanhas alarmistas e repressivas contra a pedofilia e o assédio sexual.

Por estas razões, as feministas concluem que o sistema penal é *inadequado* para exprimir (ou “traduzir”) a violência sexual percebida e vivida pela mulher. A sua lógica é estruturalmente incapaz de exprimir a “realidade” de um universo social sexualizado, expropria os protagonistas dos seus conflitos, confiando a resolução a instâncias autoritárias, e cria uma imagem da sexualidade como atividade “nociva”.⁸⁴

Esta perspectiva de crítica forte, que em parte coincide com as posições do abolicionismo penal,⁸⁵ tem consequências claramente opostas àquela sustentada pelo minimalismo penal. No âmbito dos princípios, as feministas analisam a aliança entre Estado e patriarcado privado (ou seja, entre direito e “ordem da família”), mostrando que a lógica do direito penal não permite uma proteção efetiva das mulheres na nossa sociedade. Ao nível de tática política, não refutam o caráter progressivo das reformas, que permite levar adiante as demandas das mulheres de se-

(83) Pense-se apenas na seguinte situação: a dona de casa que “consente” na relação sexual com o seu marido, considerando a sua posição de dependência material, toma realmente uma decisão livre?

(84) Cf. Pitch, 1998, p. 176, 263.

(85) Sobre os pontos de convergência mas também de divergência entre o abolicionismo e o feminismo, cf. Smaus, 1991.

rem tratadas do mesmo modo que outras vítimas de violência.⁸⁶

Cristalizam-se assim duas posições inconciliáveis. Por um lado, as feministas rejeitam (ou tendem a rejeitar) o direito penal e, ao mesmo tempo, expressam um juízo positivo sobre as reformas, considerando-as como instrumento de luta. Do outro lado, temos a perspectiva liberal-minimalista que, em linha de princípio, tenta salvar o “núcleo duro” do direito penal e, em nível tático, critica as recentes reformas, sem levar em consideração (desde uma perspectiva de proteção dos direitos humanos) as necessidades de proteção do gênero feminino.

Por isto, a perspectiva feminista não é contrária à lógica de “normalização” do tratamento penal da violência sexual, isto é, ao tratamento das mulheres enquanto pessoas indiferenciadas. Sem se desiludir sobre o efeito de tais reformas com relação à manutenção de uma estrutura patriarcal, as feministas entendem que estas reformas constituem um passo adiante dentro de uma luta muito mais ampla.⁸⁷

Uma última observação deve ser feita com relação à discussão da problemática do dissenso numa perspectiva de construção de um tipo penal. E, neste sentido, é preciso separar dois problemas que muitas vezes as feministas vêem como sendo um único problema.

Certamente existe o problema da invisibilidade social da violação dos direitos das mulheres, que está relacionado com idéias patriarcais, tais como a “agressividade natural” do homem, o “desejo” das mulheres de serem submetidas a esta agressividade e o direito à “prestação sexual” dentro do matrimônio. Além disso, e sem especificamente ter uma relação com uma estrutura patriarcal, existe um problema jurídico relativo à estrutura do direito pe-

nal e do processo penal que apresenta dificuldades em dar um tratamento jurídico relativamente satisfatório também a outras modalidades de violações de direitos humanos.

Algumas violações de direitos humanos que se caracterizam por serem ilícitos penais (tortura, desaparecimento forçada ou involuntária de pessoas, violência doméstica e sexual) ou não se expressam em ações muito objetivas, criando, portanto, problemas para a sua tipificação, ou então podem apresentar-se entrelaçadas com a realização de outros delitos, colocando a questão se é ou não possível tratá-las autonomamente.

Também surgem problemas relacionados à estrutura do processo penal que não foi “pensado” para tratar delitos, nos quais a produção da prova pode constituir um problema muito complexo e subjetivo. Pense-se, por exemplo, na questão da prova no caso da desaparecimento, onde sempre se coloca a questão: Qual é o corpo de delito? Quais provas podem ser juridicamente aceitáveis para comprovar que uma pessoa realmente desapareceu dentro dessa estrutura objetiva de processo penal?

Com relação ao caso do estupro, um dos temores é que a substituição da “grave ameaça ou violência” pelo termo dissenso possa ter repercussões negativas para a própria vítima, dado o caráter subjetivo deste termo. A experiência indica que a linha de defesa nos processos de estupro, quando se comprova a relação sexual entre acusado e vítima, é sempre a de alegar que não houve constrangimento da vítima senão o seu consento.

Assim mesmo, uma análise mais detalhada indica que uma tal substituição não há em princípio consequências negativas, nem em nível dogmático, nem no nível da prática processual.

— No plano da construção conceptual dos tipos penais, o dissenso da vítima como critério para uma violação de direitos humanos é uma solução já praticada pelos

(86) Smaus, 1991, p. 92 e 1994, p. 85-86.

(87) Cf. Smaus, 1991, p. 94-98 e, no âmbito da doutrina penal, Dessecker, 1998, p. 6; Torrao, 1995, p. 568-569.

legisladores e respeita perfeitamente o princípio “nulla poena sine lege certa”.

– No âmbito do processo, as dificuldades que, em geral, se apresentam para a apuração e perseguição do fato delitivo se devem, muitas vezes, à existência de uma única prova: o testemunho da própria vítima. Na prática judicial, os tribunais tentam dar uma resposta adequada a esta questão. Na Espanha, a jurisprudência vem declarando reiteradamente que, nos delitos de estupro, o testemunho da vítima adquire uma maior importância, já que é relativamente freqüente que o Tribunal não disponha de outras provas. Afirmar que “con el testimonio de la víctima no es posible condenar, sería tanto como mantener que el mayor número de violaciones habrían de quedar, pese a su gravedad, impunes, porque generalmente en estos casos el juzgador sólo dispone de dos testimonios absolutamente contrapuestos: el de la víctima y el del violador. Y en esta situación (...) han de entrar en juego las reglas de la psicología del testimonio, que sólo puede aplicar quien presencia las declaraciones, es decir, el tribunal”.⁸⁸

Disto resulta que a dificuldade da prova não é causada por uma descrição ampla ou abstrata do ato ilícito, isto é, não se relaciona com o direito penal material, mas sim com o direito processual penal.

Por todas essas razões, se pode afirmar que, se a discussão não se realiza em nível geral de política do direito, onde se coloca

em questão todo o direito penal, agora então a tentativa de deslegitimar as recentes reformas, sob a acusação de cumprir uma função meramente simbólica, não resulta produtiva para a melhoria das condições dos grupos assim ditos “minoritários” e, nesta perspectiva, nem é útil à causa garantista.

6. Bem jurídico, esfera privada e Constituição

Adotando uma teoria do conceito do bem jurídico dedutível dos princípios constitucionais,⁸⁹ deve-se destacar, de acordo com a doutrina contemporânea, que o objeto de proteção é a liberdade sexual da pessoa humana. Esta liberdade é entendida na sua dupla vertente: liberdade “positiva”, que se exprime no direito à livre disposição do próprio corpo; liberdade “negativa”, que se exprime na faculdade de rejeitar qualquer agressão sexual de outra pessoa e qualquer envolvimento num contexto sexual que não esteja em pleno acordo com a própria vontade.⁹⁰ Estas duas dimensões são igualmente importantes, embora se entenda que a lógica repressiva penal garante prevalentemente o aspecto negativo da liberdade sexual.

A questão que se coloca é a do significado normativo de uma definição do bem jurídico. Não é possível dizer se a definição do bem jurídico tem somente uma importância para a política criminal, isto é, como critério de orientação para o legislador, ou se há incidência com relação à validade e à interpretação das normas penais existentes.⁹¹ Em todo caso, se

(88) Auto de 7 febrero 1996 (Tribunal Supremo – Sala Penal) in *Repertorio de Jurisprudencia* ano 1996, v. 62, I, Aranzadi, Pamplona, 1996, n. 818, p. 1.149-1.150. A sentença afirma que se trata de jurisprudência consagrada pelo Tribunal Supremo e também aceita pelo Tribunal Constitucional. Com relação às regras observadas para examinar o conteúdo das declarações da vítima, o Tribunal Supremo indica: “a) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de un móvil espúreo; b) verosimilitud corroborada por circunstancias periféricas; y c) persistencia en la incriminación” (p. 1.150).

(89) Roxin, 1994, p. 14-16.

(90) Díez Ripolles, 1985, p. 23; Bajo e Díaz-Maroto y Villarejo, 1995, p. 199; Prelhaz, Natscheradetz, 1985, p. 141-157; Torrão, 1995, p. 557-564; Sick, 1991, p. 46-52; Sick, 1993, p. 82-88; Horn, 1998, n. 2, p. 38.

(91) Roxin, 1994, p. 21-28; Fiandaca, 1982; Gómez Benítez, 1983, p. 85-111; Prelhaz

observa que a legislação de diversos países encontra-se em contradição com a definição do bem jurídico numa perspectiva de um direito penal da Constituição, indicando a necessidade da realização de reformas normativas, com as reservas já expressadas acerca da sua eficácia social numa sociedade patriarcal.⁹²

Para encerrar esta análise, deve-se ressaltar que, do ponto de vista constitucional, os imperativos de proteção da esfera privada muitas vezes desencorajam a intervenção do Estado. A análise do tema deve ser conduzida com cautela, pois o questionamento dos limites da esfera da privacidade poderia implicar a legitimação da intervenção do Estado em todas as esferas da autonomia individual. O direito pode não ser o instrumento mais adequado para resolver problemas sociais, mas é um meio para evitar o abuso do poder do Estado e também dos particulares.

Por outro lado, a delimitação dos espaços público/privado não é natural, como sustenta a ideologia liberal. Esta se realiza através de um processo *político*, no qual são determinadas as atividades e condutas a serem caracterizadas como de domínio público ou de domínio privado. Este processo reflete e, ao mesmo tempo, reforça as relações de poder de classe e também as de gênero.⁹³

Natscheradetz, 1985, p. 89-118; Torrão, 1995, p. 548-556.

⁽⁹²⁾ Sick, 1993, p. 63.

⁽⁹³⁾ O gênero não opera isolado de outros fatores na construção das esferas pública e privada. Além das diferenças de classe social, as demarcações do domínio público podem variar de acordo com a raça ou o grupo étnico de origem e também entre áreas urbanas e áreas rurais. O ponto em comum da distinção entre público e privado em diferentes contextos é a atribuição de menor valor econômico, social e político para as atividades das mulheres dentro do que é definido como vida privada (Sullivan, 1995, p. 126-128). A questão do gênero é um sintoma de problemas estruturais típicos de uma sociedade que gera formas diversas de

As violações de direitos humanos que ocorrem no ambiente privado não são, nem do ponto de vista teórico, consideradas com seriedade pelo direito. Segundo as feministas, isto ocorre não porque não exista uma preocupação pela proteção da privacidade, mas porque o direito com as suas ações, suas construções e omissões "reproduz as relações de gênero"⁹⁴ dominantes.

A neutralidade do Estado frente ao privado não significa que esse se abstenha de regular atividades nesta área; é que a lei constrói e sustenta relações de poder na vida privada através da sua regulação ativa e através do desinteresse por regular outros tipos de conduta neste âmbito da vida humana.⁹⁵ Deste modo, o direito reproduz a violência estrutural que é praticada contra as mulheres.⁹⁶

Do ponto de vista constitucional, uma preocupação pela proteção da autonomia

opressão. Embora a opressão feminina anteceda o capitalismo, poderíamos questionar porque esta se manteve e porque continua a reproduzir-se na sociedade contemporânea não obstante os instrumentos político-constitucionais de garantias aos princípios de liberdade e de igualdade. A resposta é que este tipo de opressão é funcional ao sistema. Um exemplo atual é o discurso que se vê sustentando na Europa frente ao grave problema do desemprego: uma revalorização da família vinculada à reafirmação de que a mulher deve restringir-se às atividades de âmbito doméstico. Sobre a situação da mulher nos diversos países europeus, cf. Aubet, 1995.

⁽⁹⁴⁾ Smart, 1994, p. 175-182.

⁽⁹⁵⁾ Sullivan, 1995, p. 126-128.

⁽⁹⁶⁾ A violência estrutural está relacionada à ideologia da inferioridade, do desprezo à mulher, e também a uma concepção da mesma enquanto objeto que se estende por todos os níveis da nossa sociedade, fundamentada pela pretensão de superioridade do homem. Essa forma de violência lesa a capacidade de autodeterminação da mulher sobre o seu corpo (Bergdoll, 1995, p. 224; Smaus, 1994, p. 86-93; Schnock, 1999, p. 17-28). Sobre a violência estrutural em geral: Galtung, 1975, p. 7-36.

dos sujeitos de direitos fundamentais é necessária, porém não deve justificar uma omissão do Estado frente a formas de opressão e violência com o pretexto de que ocorrem na privacidade de relações interpessoais.

O respeito à privacidade dos indivíduos não deve ser confundido com o fato de tolerar comportamentos que lesam os direitos humanos. E isto porque, como afirma Rodotà, privado pode significar pessoal, mas não necessariamente segredo.⁹⁷ E privado certamente não é, acrescentamos nós, um sinônimo da violência que se produz em lugares “impermeáveis”, como a família e as relações de gênero.

Bibliografia

- ANIYAR DE CASTRO, L. *En guante de terciopelo*. Publicação da Universidade de Zulia. Maracaibo, 1992.
- AUBET, M. J. *Democracias desiguales. Cultura política y paridad en la Unión Europea*. Barcelona: Serbal, 1995.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. *Manual de Derecho Penal*. Parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.
- BARATTA, A. *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*. Studi in memoria di Giovanni Tarello. Milano: Giuffré, 1990, Vol. II, p. 19-47.
- BARBOSA, A. *Repertorium iuris civilis et canonici, in quo alphabetico ordine principaliores, & praeprae utriusque Juris Conclusiones collectae indicantur, & magnam Doctorum copia exornantur*. Sumptibus Anisson & Joannis Posuel, Lugduni, 1713.
- BENDER, B. Die Feministinnen und das Strafrecht. Eine Replik, *Kritische Justiz*, 4, 449-453, 1987.
- BENHABIB, S. Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas, in J. Landes (org.), *Feminism, the Public and Private*. Oxford University Press. New York: Oxford, 1998, p. 65-99.
- BERGDOLL, K. Gewalt, in F. Hervé, E. Steinmann e R. Wurm (orgs.). *Das Weiberlexikon*, PapyRossa, Köln, 1995, p. 224-228.
- BODELÓN, E. *El análisis del género en los tribunales de Justicia*, in J. L. Domínguez, M. Angel, R. Ulgar (org.). *La joven sociología jurídica en España*. Aportaciones para una consolidación. Oñati Papers núm. 6, International Institute for the Sociology of Law, Victoria-Gasteiz, 1998, p. 93-104.
- CHIANTERA, P. *Donne e spazio sociale, in Democrazia e diritto*, 1996, n. 1, v. 36, p. 317-331.
- CLAUVERO, B. *Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones*, in F. Tomas y Valiente e outros (org.). *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Madrid: Alianza, 1990, p. 57-89.
- CLAUVERO, B. *Almas y cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna*, in: Studi in memoria di Giovanni Tarello. Milano: Giuffré, 1990a, v. I, p. 153-171.
- DESSECKER, A. *Veränderungen im Sexualstrafrecht*. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, n. 1, p. 1-6.
- DI SIMPLICIO, O. *Sulla sessualità illecita nel antico regime* (sec. XVII-XVIII), in L. Berlinguer (org.), *La “Leopoldina”*. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del 700 europeo. Milano: Giuffré, 1991, v. 12, p. 633-675.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Bosch, 1985.
- FIANDACA, G. Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fascículo I, 1982, p. 42-81.
- FROMMEL, M. *Zaghafte Versuche einer Reform der sexuellen Gewaltdelikte*, in *Kritische Justiz*, 2, 1996, p. 164-179.
- GALTUNG, J. *Strukturelle Gewalt*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1975.
- GOLDENBERG, G. W. A violência doméstica e a ‘Lei do pai’, in *Alter Agora*, n. 3, Florianópolis, 1995, p. 7-19.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal), in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 69, 1983, p. 85-111.
- HANISCH, G. M. *Vergewaltigung in der Ehe*. Ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Änderung des § 177 StGB unter Berücksichtigung

⁽⁹⁷⁾ Rodotà, 1995, p. 102.

- chtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirischer Gesichtspunkte, Broclmeyer, Bochum, 1988.
- HASSEMER, W. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 12, 1989, p. 553-562.
- HORN, E. § 177; § 178, in H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (org.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhandt, Neuwied, 1995.
- . § 239, in H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (org.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhandt, Neuwied, 1996.
- . § 177, in H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (org.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhandt, Neuwied, 1998.
- HULL, I. *Sexualstrafrecht und geschlechtsspezifische Normen in den deutschen Staaten des 17. und 18. Jahrhunderts*, in U. Gerhard (org.). *Frauen in der Geschichte des Rechts*, Beck, München, 1997, p. 221-234.
- JESUS, D. E. de. *Direito penal. Parte especial*. São Paulo : Saraiva, 1986, v. 2.
- . *Direito Penal. Parte Especial*. São Paulo : Saraiva, 1986a, v. 3.
- LARRAURI, E., VARONA, D. *Violencia doméstica y legítima defensa*. Barcelona : EUB, 1995.
- MENDES DE ALMEIDA, C. *Ordenações Filipinas*, livros IV e V, ed. comentada por C. Mendes de Almeida e reeditada pela Fundação Calouste Gulbenkian. Coimbra, 1985.
- MILLETT, K. *Sexual Politics*. New York : Ballantine Books, 1970.
- MOCCIA, S. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- MONTAÑO, J., MONTAÑO, S. *Reformas al delito de violación sexual en la legislación boliviana*, in: Vásquez, R. (org.). *Vigiladas y castigadas*, ed. pelo Comité Latinoamericano para la defensa de la mujer. Lima, 1993, p. 139-147.
- OLSEN, F. *Feminism and Critical Legal Theory: an American Perspective*, in *The International Journal of Sociology of Law*, 1991, n. 2, v. 18, p. 205-245.
- PREHAZ NATSCHERADETZ, K. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra : Almedina, 1985.
- PADOVANI, T. *I delitti nelle relazioni private*, in: L. Violante (org.). *Storia d'Italia. Annali 12 (La criminalità)*. Torino : Giulio Einaudi, 1997, p. 219-244.
- PANICO, G. *Criminali e peccatori nel Principato Citra alla fine del Settecento (1770-1780)*, in L. Berlinguer (org.). *La "Leopoldina". Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del 700 europeo*. Milano : Giuffré, 1991, v. 12, p. 549-580.
- PATEMAN, C. 1986. *The Sexual Contract*, Polity Press, Cambridge.
- PAUER-STUDER, H. *Geschlechtergerechtigkeit: Gleichheit und Lebensqualität*, in H. Nagl-Docekal/ H. Pauer-Studer (org.). *Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität*, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1996, p. 54-95.
- PITCH, T. *Un diritto per due*. Milano : Il Saggiatore, 1998.
- RADFORD, J., STANKO, A. *Violence Against Women and Children: the Contradictions of Crime Control under Patriarchy*, in M. Hester, L. Kelly, J. Radford (org.). *Women, Violence and Male Power: Feminist Activism, Research and Practice*. Great Britain : Open University Press, 1996, p. 65-80.
- RODOTÀ, S. *Tecnologia e diritti*. Bologna : Il Mulino, 1995.
- ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. München : Beck, 1994, Vol. I.
- RUDOLPHI, H.-J. § 123, in H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (org.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Neuwied : Luchterhandt, 1994.
- SABADELL, A. L. *Latortura judicial en la España del Antiguo Régimen y en el Brasil colonial: referencias normativas y doctrinales*. Tese de master apresentada no Departamento de Ciência Política e Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma de Barcelona : Barcelona, 1991.
- SCHEERER, S. *Neue soziale Bewegungen und Strafrecht*. *Kritische Justiz*, 3, 1985, p. 245-256.
- SCHNOCK, B. *Die Gewalt der Verachtung. Sexuelle Belästigung von Frauen am Arbeitsplatz*. Röhrig : Sankt Ingbert, 1999.
- SCHÖNKE, A., SCHRÖDER, H. *Strafgesetzbuch-Kommentar*, München, 1991.

- SICK, B. Zweierlei Recht für zweierlei Geschlechter. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1, 1991, p. 43-91.
- . Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
- SMART, C. La mujer del discurso jurídico, in: E. Larrauri (org.), *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo veintiuno, 1994, p. 167-189.
- SMAUS, G. Abolizionismo: il punto di vista femminista. A proposito delle norme sulla violenza sessuale in Italia e in Germania. *Dei delitti e delle pene*, n. 1, 1991, p. 85-103.
- . Physische Gewalt und die Macht des Patriarchats, in *Kriminologisches Journal*, 1994, n. 2, v. 26, p. 82-104.
- . Feministische Erkenntnistheorie und Kriminologie von Frauen, in *Kriminologisches Journal*, Beiheft, 5, 1995, p. 9-27.
- SULLIVAN, D. The Public/Private Distinction in International Human Rights Law, in J. Peters e A. Wolper (org.). *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*. New York: Routledge, 1995, p. 126-134.
- TEUBNER, U. Vergewaltigung als gesellschaftliches Problem. Forderungen zu einer Reform des Sexualstrafrechts, in U. Gerhard, J. Limbach (org.). *Rechtsalltag von Frauen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988, p. 79-90.
- TORRÃO, F. A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (mudança de paradigma no novo Código Penal). *Boletim da Faculdade de Direito* 71. Coimbra, 1995, p. 545-570.
- TORON, A. Z. *Crimes Hediondos. O mito da repressão penal*. São Paulo: RT, 1996.
- VIRGILIO, M. Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto. Ancona: Nuove Ricerche, 1997.
- VOET, M. Feminism and Citizenship. Feminist Critiques of Social-liberal Citizenship. Tese de doutorado, Univ. Leiden, 1995.