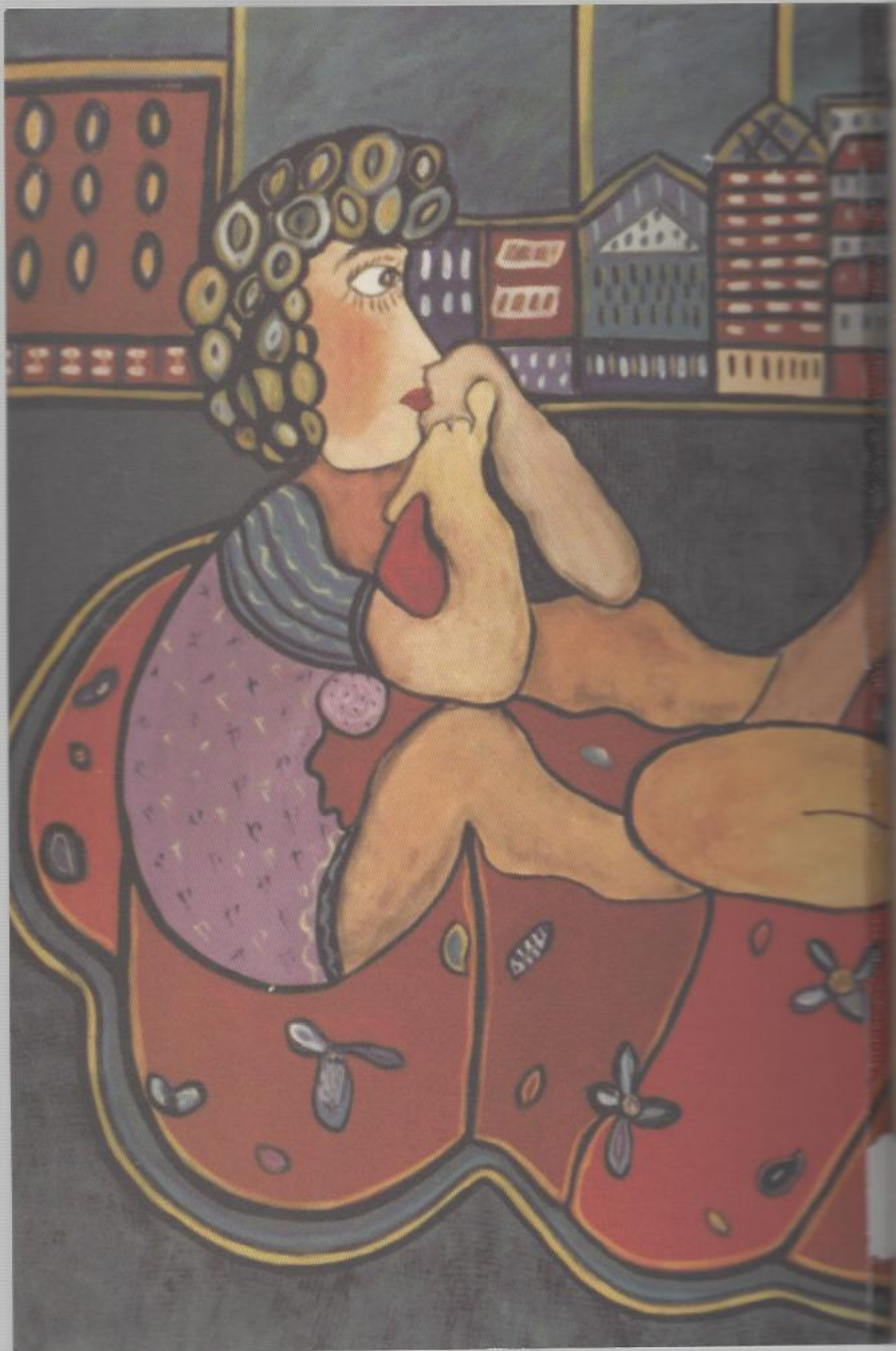


Filosofia do Direito • Direito Comparado  
Processo Penal • Androcentrismo Jurídico  
Hermenêutica Jurídica • Estudo de Casos  
Jurisprudência • Legislação

# SEMINÁRIOS DE DIREITOS

Gênero e Direito

**TEMIS**  
cadernos  
ANO III - DEZEMBRO DE 2002



cadernos  
**themis**  
ANO III - DEZEMBRO DE 2002  
Gênero e Direito

Catálogo na publicação : Maria Lizete Gomes Mendes  
Bibliotecária: CRB 10/950

Cadernos Themis Gênero e Direito / Themis. - Ano III, Nº 3  
(dez. 2002) - Porto Alegre : Themis Assessoria Jurídica e  
Estudos de Gênero, 2002 - ISSN - 1678-3638

1. Direito sexual

<b>Apresentação</b> <i>Virgínia Feix</i>	5
<b>Introdução</b> <i>Flávia Piovesan</i>	7
<b>Filosofia do Direito</b> Pela Razão ou Preconceito: Ganhar Dinheiro com o Uso do Corpo <i>Martha C. Nussbaum</i>	13
<b>Direito Comparado</b> Estupro: Que Justiça? <i>Joana Domingues Vargas</i>	55
<b>Processo Penal</b> Os Crimes Sexuais e a Prova Material <i>Rúbia Abs da Cruz</i>	79
<b>Androcentrismo Jurídico</b> Para uma Crítica da Razão Androcêntrica: Gênero, Homoerotismo e Exclusão da Ciência Jurídica <i>Rosa Maria Rodrigues de Oliveira</i>	101
<b>Hermenêutica Jurídica</b> Os Crimes Sexuais e o Papel da Mulher no Contexto da Crise do Direito: Uma Abordagem Hermenêutica <i>Lênio Luiz Streck</i>	135

### **Feminismo e Direito**

Por uma Perspectiva Feminista no Debate Jurídico:  
Anotações a partir do julgamento do habeas corpus 81.288-1 -SC  
Pelo supremo tribunal federal

*Roger Raupp Rios* 165

---

### **Estudo de Casos**

Dossiê Advocacia Feminista

*Ríbia Abs da Cruz* 181

---

### **Jurisprudência**

*Ellen Gracie Northfleet* 217

---

### **Legislação**

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas  
de Discriminação Contra as Mulheres (1979)  
Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação  
de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher

241

---

### **Agenda**

267

---

### **Autores**

271

---

*A*Themis, através do programa de estudos e publicações, CEDEP, tem o prazer de apresentar este terceiro volume dos Cadernos Themis Gênero e Direito, que versa sobre direitos sexuais e traz ilustração da artista plástica Paulina Laks Eizirick. Intitulada "Confidências" (1991), a obra retrata o espírito e os objetivos de um conjunto de ações desenvolvidas pela entidade na luta contra a violência sexual: promover a solidariedade coletiva em relação a um problema que só aparentemente é individual. Trata-se de enfrentar a dicotomia entre o público e o privado comprometendo o Estado e a sociedade com a mudança na cultura de impunidade e de interdição dos direitos à dignidade, autonomia e à integridade física e psicológica das mulheres e crianças.

Este terceiro volume surge no contexto do trabalho realizado durante o ano de 2002, que teve como eixo central a violência sexual. A estratégia institucional foi promover o debate e questionar o tabu em torno do tema, uma das mais graves e invisíveis formas de violação dos direitos humanos das mulheres.

Tal estratégia envolveu ações nas outras duas áreas de intervenção da entidade. O programa *Advocacia Feminista* promoveu Ação Civil Pública para denunciar a transmissão e divulgação de músicas que atentam contra a dignidade das mulheres e promovem a violência (a exemplo do "Tapinha" e "Tapa na Cara") nos meios de comunicação. Também elaborou dossiê de casos exemplares de violação dos direitos sexuais encaminhados pela Themis ao Poder Judiciário, incluído nesta publicação.

O programa *Promotoras Legais Populares*, multiplicado pela Themis através da Rede Estadual de Justiça e Gênero, lançará em março de 2003 a campanha "Violência sexual, quem

*esconde o problema esconde a solução” que desenvolverá uma série de ações de educação e divulgação em 13 municípios do Rio Grande do Sul.*

*Esperamos, com esta publicação, ampliar o debate sobre o tema e reforçar nossa luta pela adesão de cada leitor.*

*Virgínia Feix  
Coordenadora Executiva*



O terceiro exemplar dos cadernos *Themis Gênero e Direito* traz como foco instigantes reflexões sobre os direitos sexuais. Ao romper com o silêncio, a invisibilidade e o tabu que o tema ainda, lamentavelmente, enfrenta no meio jurídico, esta publicação tem o mérito de propor relevante espaço de análise acerca de temas centrais afetos aos direitos sexuais. Sob a perspectiva de gênero, são lançadas as vozes de mulheres e homens, referências do pensamento jurídico crítico, a respeito: das relações entre gênero e Direito, compreendendo a problemática da criminalização de mulheres, por exemplo, nos casos de aborto e infanticídio; dos reflexos produzidos pela postura androcêntrica sobre a ciência jurídica; da prova material nos crimes sexuais, especialmente nas hipóteses de violência sexual; da relação entre Direito, mulher e sociedade, no contexto da crise do Direito e do Estado e da própria dogmática jurídica; e das perspectivas para o desenvolvimento do Direito Brasileiro sob o olhar de gênero.

Para fomentar o debate o caderno apresenta um dossiê com alguns casos selecionados pela advocacia feminista da *Themis*, sobre violência sexual. O objetivo é mostrar como o poder judiciário do RS vem tratando este tema.

Todos os artigos compartilham, de um lado, da indignação que denuncia o processo jurídico-político-social-cultural que, historicamente, tem negado às mulheres a condição de plenos sujeitos de direitos, sobretudo no campo do exercício da sexualidade. Por outro lado, os artigos revelam a tônica emancipatória da necessária transformação, a fim de que as mulheres vivam sua dignidade com plenitude e autonomia.

Os direitos humanos não são um dado, mas um construído, como atenta Hannah Arendt.<sup>1</sup> Os direitos humanos, enquanto reivindicações morais, compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No processo de construção dos direitos humanos das mulheres, as últimas três décadas concentraram as maiores conquistas emancipatórias das mulheres, quando comparadas com toda sua história.

*É neste cenário que, em 1993, a Declaração de Viena, subscrita por 171 Estados, ao reiterar a concepção contemporânea de direitos humanos introduzida pela Declaração de 1948 (caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos), consagra, em seu parágrafo 18, que os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Esta concepção foi reiterada pela Plataforma de Ação de Pequim, de 1995. Enfatiza-se, aqui, a necessidade da garantia do pleno exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de que são titulares as mulheres, metade da população mundial.*

*Em 1994, na Conferência do Cairo, ineditamente 184 Estados reconheceram os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos. Em 1995, as Conferências internacionais de Copenhague e Pequim endossaram esta concepção.*

*Com efeito, a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 estabeleceu relevantes princípios éticos concernentes aos direitos sexuais e reprodutivos,<sup>2</sup> afirmando o direito a ter controle sobre as questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva, assim como a decisão livre de coerção, discriminação e violência, como um direito fundamental. Nesse sentido, merece destaque o princípio 4 da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, do Cairo, de 1994: "Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional." A Conferência do Cairo realça ainda que as mulheres têm o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como o direito à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas, enquanto que os homens têm uma responsabilidade pessoal e social, a*

*partir de seu próprio comportamento sexual e fertilidade, pelos efeitos desse comportamento na saúde e bem-estar de suas companheiras e filhos.*

*Como explica Leila Linhares: "No Cairo, em 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento introduziu um novo paradigma à temática do desenvolvimento populacional, deslocando a questão demográfica para o âmbito das questões relativas aos direitos reprodutivos e ao desenvolvimento. Nessa Conferência, ficou firmado o princípio que as políticas relacionadas à população devem ser orientadas pelo respeito aos direitos humanos universais e afirmou-se a necessidade dos países considerarem as grandes massas como detentoras de direitos e merecedoras de políticas públicas de combate à pobreza. A ativa participação do movimento internacional de mulheres nas fases preparatórias e durante a própria Conferência permitiram a legitimação da noção de direitos reprodutivos, apontando para a necessidade de amplos programas de saúde reprodutiva e reconhecendo o aborto como um grave problema de saúde pública. A Conferência do Cairo deu grande ênfase à necessidade de estimular a responsabilidade masculina para com a procriação e com a contracepção. Em 1995, a Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social, realizada em Copenhagem, deu ênfase à necessidade de erradicação da pobreza, incluindo iniciativas destinadas a medir e a reduzir os impactos sociais do ajuste econômico, especialmente sobre as mulheres e crianças. Ainda em 1995, em Beijing, foi realizada a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, que incorporou as agendas das Conferências de Direitos Humanos (1993), de População e Desenvolvimento (1994) e da Cúpula de Desenvolvimento Social (1995), avançando e firmando, de modo definitivo, a noção de que os direitos das mulheres são direitos humanos; a noção de saúde e direitos reprodutivos, bem como o reconhecimento de direitos sexuais, com a recomendação de que sejam revistas as legislações punitivas em relação ao aborto, considerado, tal como na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (1994), um problema de saúde pública."*<sup>3</sup>

*Sob a perspectiva de relações equitativas entre os gêneros e na ótica de direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta a duas vertentes diversas e complementares.*

*De um lado, aponta a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência. Trata-se de direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não interferência do Estado, pela não discriminação, pela não coerção e não violência (dimensão típica dos direitos civis).*

*Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta ótica, fundamental é o direito ao acesso a informações, meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Fundamental também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e reproduzir-se com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência. Inclui-se ainda o direito ao acesso ao progresso científico e o direito de receber educação sexual. Portanto, aqui é essencial a interferência do Estado, no sentido de que implemente políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva (dimensão típica dos direitos sociais).*

*A Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim de 1995 reafirmam esta concepção, adicionando a idéia da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, ao constatar que, na maior parte dos países, a violação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres limita dramaticamente suas oportunidades na vida pública e privada, suas oportunidades de acesso à educação e o pleno exercício dos demais direitos.*

*Note-se que ambos os instrumentos internacionais (Cairo e Pequim) afirmam que a temática do aborto deve ser considerada sob o prisma da saúde pública, encorajando os Estados a revisar as legislações que estabelecem medidas punitivas a tal prática<sup>4</sup>.*

*Embora o Plano de Ação da Conferência sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995 não sejam tratados internacionais, mas declarações,*

*ambos apresentam valor jurídico, na medida em que deles extraem-se princípios internacionais, que constituem importante fonte do Direito Internacional, a nortear e orientar a interpretação e a aplicação do Direito.*

*Há que se observar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 7º, está afinada com os parâmetros internacionais, na medida em que reconhece o planejamento familiar como livre decisão do casal (e dos indivíduos), cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito (prestação estatal positiva, típica dos direitos sociais), vedada qualquer coerção (prestação estatal negativa, típica dos direitos civis).*

*Daí a urgência em se fomentar uma cultura jurídica fundada na observância dos parâmetros internacionais e constitucionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, visando à implementação dos avanços constitucionais e internacionais já alcançados, que consagram uma ótica democrática e igualitária em relação aos gêneros. Faz-se emergencial promover avanços que garantam, efetivamente, o exercício – e não o controle – da sexualidade e reprodução, na perspectiva de gênero. Estas estratégias parecem fundamentais para assegurar o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos como efetivos direitos humanos, que, em sua complexidade, parafraseando Ronald Dworkin, invocam “assunto de vida e morte, de grande satisfação e profundo sofrimento, de paixão e frios cálculos, de intimidade e políticas sociais.”<sup>5</sup>*

*Daí a grande contribuição desta publicação organizada pela Themis, a fomentar uma cultura jurídica pautada pela efetiva implementação dos direitos sexuais e reprodutivos, capaz de assegurar aos indivíduos o exercício de sua sexualidade e de sua capacidade reprodutiva, com inteira autonomia e dignidade.*

*Flávia Piovesan*

- 1 Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Cia das Letras, São Paulo, 1988, p. 134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: "Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos". (Ignacy Sachs, *Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania*, In: *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998, p. 156). Para Allan Rosas: "O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...) O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente." (Allan Rosas, *So-Called Rights of the Third Generation*, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 243).
- 2 Note-se que o Plano de Ação do Cairo recomenda à comunidade internacional uma série de objetivos e metas, tais como: a) o crescimento econômico sustentado como marco do desenvolvimento sustentável; b) a educação, em particular das meninas; c) a igualdade entre os sexos; d) a redução da mortalidade neo-natal, infantil e materna e e) o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, em particular de planejamento familiar e de saúde sexual.
- 3 Leila Linhares. *As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões do Poder Judiciário*. In: Seminário "Direitos Humanos: Rumo a uma jurisprudência da igualdade", Belo Horizonte, de 14 a 17 de maio de 1998.
- 4 Segundo o Alan Guttmacher Institute, em 1994 teriam ocorrido 1400.000 abortos clandestinos no país. Correa e Freitas (1997) estimam a ocorrência de 728.100 abortos provocados no país para o ano de 1996. Oficialmente, o aborto figura como a quinta causa de internação hospitalar de mulheres no Sistema Único de Saúde, contribuindo com 9% dos óbitos maternos e com 25% dos casos de esterilidade por causa tubária. Outros estudos apontam a ocorrência de 37,5 abortos para cada 1000 mulheres ou 31,0 para 100 gravidezes (Costa, 1998). Vale ressaltar a implantação pelo país de serviços que realizam abortos nos casos previstos por lei. Embora o número ainda reduzido destes serviços (cerca de trinta e cinco em todo o território nacional, com estruturas variadas e diferentes graus de implantação) não permita que haja um impacto quantitativo na magnitude do problema do aborto inseguro no país, a importância política e sanitária destas iniciativas têm sido incontestáveis. A respeito, consultar "Diagnóstico sobre a situação dos direitos sexuais e reprodutivos na América Latina", elaborado pelo CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) e Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, julho de 2001. Ainda em relação ao direito ao aborto, deve ser assinalada a importante e bem sucedida articulação entre feministas, sindicalistas e profissionais de saúde que conseguiram aprovar na Conferência Nacional de Saúde, instância máxima do Sistema Nacional de Saúde, uma moção de apoio à realização do aborto previsto por lei, direito constantemente ameaçado por projetos apresentados por parlamentares ligados à CNBB, que pretendem suprimir todo e qualquer direito à interrupção da gravidez.
- 5 Ronald Dworkin, *Life's Dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. NY, Vintage books, 1994.

“PELA RAZÃO OU PRECONCEITO”:  
GANHAR DINHEIRO COM  
O USO DO CORPO

Martha C. Nussbaum\*

*Deixando Binod, Durga, lentamente, deliberadamente, dirige-se ao barraco de Sukhlal, o contratante, que ontem mesmo a encarava exibindo notas de dez rúpias. O que mais se pode fazer - ela justifica para si mesma - a não ser lutar para sobreviver? A sobrevivência própria, a daqueles que amamos e das esperanças para o futuro. (MANIK BANDYOPADHYAY, "A Female Problem at a Low Level". [1963])*

*Se a história fala da esposa de um camponês vendendo seu corpo, deve-se buscar o significado deste fato na realidade da vida camponesa. Isto não pode ser visto como uma crise de moralidade, como o seria no caso de uma mulher casada da classe média. (MANIK BANDYOPADHYAY, About This Author's Perspective [1957])<sup>1</sup>*

I

Todos nós, com exceção daqueles independentemente ricos e dos desempregados, ganhamos dinheiro com o uso de nosso corpo. Professores, operários, advogados, cantores de ópera, profissionais do sexo, médicos, legisladores – todos fazemos coisas com partes de nossos corpos, pelas quais recebemos um salário.<sup>2</sup> Algumas dessas pessoas recebem bons salários, outras não; algumas possuem um bom controle sobre suas condições de trabalho, outras pouco controle podem exercer; algumas têm muitas opções de emprego, outras, bem poucas. E algumas são socialmente estigmatizadas, enquanto outras não.

A estigmatização de certas ocupações pode ter fundamentos, pode estar baseada em argumentos convincentes, bem construídos. Mas pode também estar baseada em preconceitos de classe ou estereótipos de raça ou gênero. Por outro lado, o estigma pode sofrer rápida transformação quando mudam as crenças elementares e os preconceitos. Adam Smith, em *A Riqueza das Nações*, conta-nos que existem “alguns talentos muito sublimes e agradáveis” que são louváveis, desde que exibidos sem nenhum pagamento, mas cujo exercício com o objetivo de ganho é considerado, “seja pela razão ou pelo preconceito, como uma espécie de prostituição pública”. Em razão disto – ele diz – cantores de ópera, atores e bailarinos precisam receber salários “exorbitantes” para serem compensados do estigma de utilizar seus talentos “como meio de subsistência”. “Se a opinião pública ou o preconceito viessem a se alterar em relação a estas ocupações” – conclui – “sua recompensa pecuniária diminuiria drasticamente”.<sup>3</sup> Smith não estava de todo certo em relação ao mercado de ópera,<sup>4</sup> mas sua discussão é reveladora pelo que nos ensina em relação ao estigma. Hoje, poucas profissões são mais valorizadas do que a de cantor de ópera, e, no entanto, há apenas duzentos anos atrás, esse uso público do próprio corpo em troca de pagamento era considerado um tipo de prostituição. Ao olhar para aqueles tempos, hoje pensamos que os julgamentos e emoções subjacentes à estigmatização dos cantores era irracional e objetável, como os preconceitos contra membros de diferentes classes e raças. (Em breve estarei discorrendo mais sobre minha interpretação daquelas razões.) Tampouco, vemos a mais leve razão para supor que um artista que não recebe pagamento seja mais puro ou mais verdadeiro do que o artista remunerado. Consideramos perfeitamente correto e justificável que uma arte de qualidade receba um salário elevado. Se um produtor de ópera manifestasse a posição de que cantores não devem ser pagos, porque receber dinheiro pelo uso de seus talentos envolve uma forma ilegítima de mercantilização e, mesmo, a alienação ao mercado daqueles talentos, julgaríamos tal produtor um indivíduo mal intencionado, pronto a lucrar com a exploração de artistas sensíveis e vulneráveis.<sup>5</sup> De um modo geral, pensamos que, longe de baratear ou arruinar talentos, a existência de um contrato garante condições nas quais o artista pode desenvolver sua arte com liberdade e confiança suficientes para possibilitar o mais alto nível de produção artística.<sup>6</sup>



Há, no entanto, uma crença generalizada de que ganhar dinheiro ou firmar contratos em relação ao uso das próprias capacidades sexuais e reprodutivas é uma prática verdadeiramente torpe. Os argumentos feministas sobre prostituição, “barriga de aluguel” e, até mesmo, contratos de casamento normalmente consideram que transações financeiras na área da sexualidade feminina são degradantes para as mulheres e envolvem uma mercantilização danosa e uma alienação ao mercado das capacidades sexuais e reprodutivas das mesmas.<sup>7</sup> Diz-se, do significado social dessas transações, tanto que as capacidades são transformadas em objetos para o uso e o controle dos homens, como também que as próprias atividades estão se transformando em mercadorias e, desse modo, sendo despojadas de seus melhores valores.

Uma das questões que teremos de enfrentar é se tais descrições das nossas atuais percepções e juízos estão corretas. Mas, ainda que estejam, o que isto nos diz? Muitas coisas e pessoas têm sido estigmatizadas ao longo da história de nossa nação; muitas vezes por péssimas razões. Um balanço do verdadeiro significado social de uma prática é, portanto, apenas uma porta que se abre para a grande arena da avaliação moral e legal. O que nos convida a fazer a pergunta de Smith: serão as crenças atuais resultado da razão ou do preconceito? Essas crenças podem ser sustentadas por argumentos morais convincentes? E, ainda que possam, serão estes o tipo de argumento moral apropriado a servir de base para restrições legais? Smith, como seus antecessores estóicos gregos e romanos, compreendia que as avaliações que fundamentam respostas e atribuições de significado social são frequentemente corrompidas – deformadas – por interesses de ordem pessoal, por ressentimentos e costumes não racionais. A tarefa assumida por ele em *The Theory of Moral Sentiments* (*A Teoria dos Juízos Morais*) foi a de criar procedimentos e estratégias de argumentação através das quais se pudesse separar as emoções racionalmente sustentáveis daquelas irracionais e preconceituosas. Assim procedendo, Smith e os estóicos estavam corretos. O significado social não age sozinho: ele convida a uma moral normativa e à filosofia política.

Meu objetivo com este artigo será investigar a questão da “mercantilização” sexual enfocando o exemplo da “prostituição”.<sup>8</sup> Sustentarei que um debate proveitoso sobre a moralidade e a legalidade da prostituição deveria ter um duplo ponto de partida: uma análise geral de nossas crenças e práticas com relação à remuneração pelo uso de nosso corpo e uma consciência mais ampla das opções e escolhas disponíveis às mulheres trabalhadoras pobres. A primeira investigação sugere que pelo menos algumas de nossas crenças sobre a prostituição são tão irracionais quanto as que Smith relata sobre cantores. A discussão, portanto, irá ajudar-nos a identificar que elementos na prostituição são de fato problemáticos. A maioria, ainda que não todos, dos elementos verdadeiramente problemáticos revelam-se comuns a uma ampla gama de atividades de que se ocupam as mulheres pobres trabalhadoras, e a segunda investigação vai sugerir que, em geral, as escolhas de emprego das mulheres são tão restritas a opções ruins, que sequer podem ser consideradas escolhas. Creio que isto deveria incomodar-nos e que o fato de uma mulher que tem muitas opções tornar-se uma prostituta não deveria incomodar-nos, desde que existam garantias suficientes contra abusos e doenças – o tipo de garantias que a legalização tornaria possível.

Minha conclusão será, portanto, a de que a questão mais urgente levantada pela prostituição é a de oportunidades de emprego para as mulheres trabalhadoras e de controle sobre suas condições de trabalho. A legalização da prostituição, longe de provocar a falência do amor, poderá provavelmente tornar as coisas um pouco melhores para mulheres que têm tão poucas opções por onde começar.<sup>9</sup> O ponto realmente útil para as feministas ponderarem, se deploram a natureza destas opções, será o de como promover a expansão do conjunto de opções através da educação, do treinamento e da criação de empregos. Estes tópicos pouco atrativos não são abordados suficientemente pelas filósofas feministas nos Estados Unidos, mas são inevitáveis em qualquer projeto prático que lide com prostitutas da vida real e suas filhas meninas.<sup>10</sup> O que sugere que pelo menos parte da nossa teoria feminista pode não estar suficientemente fundamentada na realidade das vidas da classe trabalhadora e estar demasiadamente enfocada na sexualidade como uma questão em si mesma, como se esta pudesse ser desenredada do tecido das tentativas das pessoas pobres para sobreviverem.

Por que os cantores de ópera foram estigmatizados? Se começarmos com esta questão, poderemos avançar para a prostituição com uma visão expandida. Embora dificilmente possamos fornecer mais do que um esboço de suas bases aqui, podemos dizer com segurança que duas crenças culturais comuns influíram. Em primeiro lugar, ao longo da maior parte da história da Europa moderna – como, aliás, na Grécia Antiga – houve um preconceito aristocrático comum em relação a receber salários. O aristocrata da antigüidade grega caracterizava-se pelo “ócio” – o que significa que não precisava trabalhar para viver. Aristóteles reprovava a democracia ateniense por permitir o voto a categorias humildes como fazendeiros e artesãos, uma vez que, de seu ponto de vista, o caráter não ocioso de suas atividades cotidianas e sua inevitável preocupação com o ganho perverteria seu juízo político, tornando-os mesquinhos e avaros.<sup>11</sup> O fato de os sofistas normalmente receberem dinheiro pelo ensino da retórica e da filosofia os tornava profundamente suspeitos aos olhos de tais aristocratas.<sup>12</sup> Muito desta mesma perspectiva influenciou a igreja medieval, onde havia controvérsia acerca de se oferecer instrução filosófica em troca de pagamento.<sup>13</sup> Bernard de Clairvaux, por exemplo, sustentava que cobrar taxas pela educação é uma “ocupação vil” (*turpis quaestus*). (Aparentemente, ele não considerava isto verdade para todo o trabalho remunerado, mas apenas para aqueles em que estavam envolvidos aspectos espirituais.)

Tais perspectivas sobre trabalho remunerado permaneceram estreitamente ligadas a privilégios de classe na Europa Moderna e exerceram grande poder século vinte adentro. Todo leitor de novelas inglesas será capaz de trazer vários exemplos da visão de que um cavalheiro não ganha salário e de que alguém que o faz está sobrecarregado com as coisas vulgares da vida, portanto, vulgarizando a si mesmo. Tais visões constituíam importante fonte de preconceito contra judeus, que, não possuindo os mesmos direitos à terra que os cristãos, não tinham outra escolha a não ser ganhar a vida com o trabalho. Mesmo neste século, na América, Edith Wharton mostra que estas atitudes ainda estavam firmemente entrenchadas. Lily Bart, a heroína empobrecida de *The House of Mirth* (1905), está discutindo sua situação com o amigo

Gus Trenor. Ele comemora as dicas de investimento que conseguiu de Simon Rosedale, um judeu, especialista em investimentos em Wall Street, cuja riqueza proporcionou-lhe acesso ao mundo dos aristocratas empobrecidos, que tanto o usavam quanto o desprezavam. Trenor incentiva Lily a encorajar as investidas de Rosedale: "O homem está louco para conhecer as pessoas que não querem conhecê-lo, e, quando um sujeito está naquele estado, não há nada que não faça para a primeira mulher que o conduzir". Lily descarta a idéia, dizendo que Rosedale é "impossível" e pensando silenciosamente sobre sua "personalidade espalhafatosa". Trenor responde: "Ah, deixa disso – só porque ele é gordo e lustroso e tem modos de novo rico! ... Daqui a alguns anos ele estará lá, queiramos ou não, e então não estará distribuindo dicas de meio milhão por um jantar!".<sup>14</sup> Na reveladora frase "modos de novo rico", vemos o velho preconceito aristocrático contra o trabalho assalariado, tão profundamente implicado em estereótipos de judeus como pessoas intrometidas, ostentadoras e sem requinte.

A este exemplo, podemos acrescentar um momento do filme *Carruagens de Fogo* (1981), quando o judeu Sprinter contrata um treinador profissional para ajudá-lo a vencer. Esta introdução de dinheiro no domínio cavalheiresco do esporte choca o líder de sua faculdade, o qual sugere que ele, como um judeu, não entende o espírito do atletismo inglês. O amadorismo elegante é a marca do cavalheiro, e amadorismo requer, acima de tudo, não ser remunerado ou lidar com dinheiro. Também pode significar não se esforçar demasiadamente, não dar a impressão de que este seja o principal interesse na vida. Esta atitude parece estar estreitamente relacionada com a idéia de que um cavalheiro não *necessita* da atividade, já tem sua subsistência garantida; de modo que a recusa do trabalho intensivo é um corolário da rejeição ao comerciante. (Mesmo hoje, na Inglaterra, tais atitudes não desapareceram totalmente. Pessoas de origem aristocrática com frequência fazem pouco dos esforços em busca de conquistas acadêmicas ou atléticas, como se estes traíssem uma certa mentalidade inferior de negociante.)

Vale notar que estes preconceitos não atacam as atividades como tais, mas o uso destas atividades para ganhar dinheiro. Ser um acadêmico, ser um músico, ser um bom atleta, até mesmo ser um ator é aceitável,

desde que feito de forma amadora. Mas o que isto significa? Significa que aqueles que herdaram a riqueza<sup>15</sup> podem desempenhar estas atividades sem estigma, enquanto outros não o podem. Na Inglaterra do século dezenove, isto significava que a pequena nobreza podia desempenhar estas atividades e judeus, não. Isto indica que devemos proceder um escrutínio cuidadoso de todas as nossas perspectivas sociais sobre meios de ganhar dinheiro e da suposta mercantilização, já que essas, provavelmente, abrigam preconceitos de classe que são injustos para as pessoas trabalhadoras.

Vinculada a esta crença, no exemplo de cantores de ópera, existe outra: a de que é vergonhoso mostrar o corpo a estranhos em público, especialmente na expressão de emoções passionais. A inquietude em relação a atores, bailarinos e cantores, relatada por Smith, é com certeza parte de uma inquietude mais geral em relação ao corpo, especialmente o corpo feminino, a qual tem constituído uma grande parte da história de um bom número de culturas. Assim, em boa parte da Índia, até bem pouco tempo (e em algumas partes ainda), era considerado inadequado para uma mulher de boa família dançar em público. Quando Rabindranath Tagore incluiu mulheres de classe média em suas produções teatrais, no início deste século, sua iniciativa foi surpreendente e um tanto chocante. De modo similar, no ocidente, o corpo feminino devia ser coberto e não exibido, ainda que, em alguns pontos, estas condições pudessem ser relaxadas entre amigos e conhecidos. Cantoras eram consideradas inaceitáveis durante os primórdios da história da ópera. De fato, elas recém começavam a desbancar os *castrati*, durante a época de Smith, e eram geralmente vistas como mulheres sem moral.<sup>16</sup> Homens atores, cantores e bailarinos também sofriam; e Smith tenciona evidentemente incluir ambos os sexos. Até bem pouco tempo, tais artistas eram considerados uma espécie de ciganos, demasiadamente gordos e corpóreos, não adequados a uma companhia educada. A aversão era composta por um mal-estar, ou pelo menos uma profunda ambivalência, em relação às emoções que o ofício destes artistas consistia em retratar. Em resumo, tais atitudes traem uma inquietude em relação ao corpo e em relação a paixões fortes, que hoje, provavelmente, consideraríamos irracional, ainda que, por vezes, continuemos a partilhar. Obviamente, é improvável que a considerássemos adequada como política pública.

Ao levarmos em conta nossas posições em relação a serviços sexuais e reprodutivos, devemos, então, estar alertas contra dois tipos de irracionalidade: o preconceito aristocrático de classe e o temor do corpo e de suas paixões.

### III

A prostituição não é uma prática isolada. Só pode ser entendida em seu contexto histórico e social. As *hetairai* (cortesãs) da Grécia Antiga, como Aspasia, a amante de Péricles, têm muito pouco em comum com uma garota de programa moderna.<sup>17</sup> Ainda mais importante é o fato de que, em uma dada cultura, existem sempre diversos tipos e níveis de prostituição: na Grécia Antiga, a *hetaira*, a prostituta de bordel, a prostituta de rua; na América atual, a garota de programa autônoma, a prostituta de bordel, a prostituta de rua (e, cada uma delas, em vários níveis de independência e sucesso econômico). Também é evidente que a maioria das culturas contém um *continuum* de relações entre mulheres e homens (ou entre pares do mesmo sexo) que têm um aspecto comercial – variando do caso reconhecido da prostituição a casos de casamento por dinheiro, namoro caro duradouro, onde é evidente que favores sexuais são esperados na outra ponta, e assim por diante. Na maioria das culturas, mesmo o casamento possui uma conotação visivelmente comercial: a proeminência dos assassinatos por dote na cultura indiana contemporânea, por exemplo, atesta o grau em que a mulher é valorizada, sobretudo, pelos benefícios financeiros que podem ser extraídos de sua família.<sup>18</sup> Por ora, no entanto, vamos enfocar nossa atenção na América contemporânea (com algumas digressões sobre a Índia), somente sobre o caso da prostituição feminina e em relações explicitamente comerciais, do tipo considerado ilegal sob a legislação atual.

Será esclarecedor considerar a prostituta, situando-a em relação a diversas outras mulheres que ganham dinheiro por serviços prestados com o uso do corpo:

1. Uma operária da indústria de frangos Perdue, que depena frangos quase congelados.

2. Uma empregada doméstica, em uma próspera casa de classe média alta.
3. Uma cantora que trabalha em clubes noturnos de segunda categoria, cantando canções (muitas vezes) demandadas pelos clientes.
4. Uma professora de filosofia, que recebe por palestras e trabalhos escritos.
5. Uma massoterapeuta habilidosa, empregada por uma clínica de saúde (que não tem serviços sexuais paralelos).
6. Uma pessoa a quem chamarei de “artista de colonoscopia”: ela recebe pagamento para ter seu reto examinado com os novos instrumentos desenvolvidos, para testar seu alcance e capacidade.<sup>19</sup>

Ao considerar similaridades e diferenças entre a prostituta e estas outras agentes de serviços físicos, faremos progresso na identificação das características distintivas da prostituição como uma forma de serviços físicos.

Vale observar que, em nenhum momento nesta comparação, estou abordando a questão da prostituição infantil ou da prostituição não consensual (por exemplo, mulheres jovens vendidas para prostituição por seus pais, rapto e narcotização forçada etc.). Ainda que estas características pareçam estar envolvidas no mercado internacional da prostituição, não as abordarei aqui, mesmo que venha a comentá-las mais adiante. Trato, apenas, do tipo de escolha de ser uma prostituta feita por uma mulher adulta, freqüentemente em uma situação de grande vulnerabilidade econômica.

*1. A prostituta e a operária* Tanto a prostituição como o trabalho operário são, normalmente, empregos mal pagos. Mas, em muitos casos, uma mulher frente à escolha pode (pelo menos na curta duração) ganhar mais dinheiro na prostituição do que neste tipo de trabalho de fábrica. (Isto seria, provavelmente, ainda mais verdadeiro, se a prostituição fosse legalizada e o respectivo papel dos cafetões restringido, ainda que a remoção do risco e de algum estigma possa, ao

mesmo tempo, derrubar os salários, contrabalançando em parte aquela vantagem para a prostituta.) Ambas enfrentam riscos para a saúde, mas os riscos de saúde na prostituição podem ser bastante reduzidos pela legalização e regulamentação, enquanto o tipo de trabalho específico que a operária está desempenhando acarreta altos riscos de danos nos tendões das mãos, um fato cuja mudança parece improvável. A prostituta pode muito bem ter menos horas e melhores condições de trabalho que a operária. Especialmente sob um regime legalizado, ela pode ter muito mais controle sobre suas condições de trabalho. Ela possui uma margem de escolha em relação a que clientes aceitar e que atividades desempenhar, enquanto a operária não tem escolha, tendo de realizar os mesmos movimentos repetidamente, durante anos. A prostituta também realiza um serviço que requer habilidade e capacidade de resposta a novas situações, enquanto os movimentos repetitivos da operária exercitam relativamente poucas habilidades humanas<sup>20</sup> e não variam.

A operária, contudo, tem menos probabilidade de ser alvo de violência, enquanto a prostituta necessita – e nem sempre consegue – proteção contra clientes violentos. (De novo, esta situação pode ser melhorada através da legalização: prostitutas na Holanda têm um botão de chamada conectado com a polícia.) Esta ocupação de fábrica, além do mais, não possui uma relação clara com estereótipos de gênero – ainda que, talvez, pudesse não ser o caso. Em muitas partes do mundo, o trabalho manual está estritamente segmentado por sexo e tarefas mais rotineiras, menos qualificadas, são destinadas às mulheres.<sup>21</sup> A atividade de prostituta tem parte de seu atrativo derivado do estereótipo de mulheres promíscuas e imorais e pode, por sua vez, perpetuar tais estereótipos. A operária não sofre invasão de sua intimidade privada, enquanto a atividade da prostituta envolve uma tal invasão (consensual). Finalmente, a prostituta padece de um estigma social, enquanto a operária não enfrenta este problema – pelo menos entre pessoas de sua classe social. (Devo voltar a este ponto, questionando se o estigma também pode ser afetado pela legalização.) Por todas essas razões, muitas mulheres, confrontadas à escolha entre trabalho operário e prostituição, escolhem a fábrica apesar de suas outras desvantagens.



*2. A prostituta e a empregada doméstica* No serviço doméstico, como na prostituição, a pessoa é contratada por um cliente e deve fazer o que o cliente deseja ou perderá o trabalho. Em ambos os casos, tem-se um grau limitado de liberdade para exercer as próprias habilidades do modo como se considera adequado, e ambas as atividades requerem o exercício de alguns dotes físicos desenvolvidos. Em ambas, enfrenta-se o risco de ser submetida a um comportamento perverso por parte do cliente, ainda que a prostituta tenha mais probabilidade de sofrer violência física. Ambas são, tradicionalmente, profissões que gozam de pouco respeito, tanto por parte da sociedade em geral, como do cliente. O serviço doméstico, de um modo geral, é passível de maior carga de horas de trabalho diárias e de menor remuneração do que (ao menos vários tipos de) prostituição, mas acarreta provavelmente menos riscos para a saúde. Também não envolve invasão da intimidade, como ocorre com a prostituição (consensualmente).

Tanto a prostituição como o serviço doméstico estão associados a um estigma social. No caso do serviço doméstico, o estigma está, em primeiro lugar, associado à classe: ele é socialmente codificado como uma atividade das classes mais baixas.<sup>22</sup> O serviço doméstico é, na grande maioria dos casos, feminino, tornado-se, assim, codificado por sexo. Nos Estados Unidos, este serviço está também, muito freqüentemente, codificado racialmente. Não apenas no Sul, mas em muitas regiões urbanas do Norte, o mercado de trabalho, muitas vezes, agrupa mulheres afro-americanas nestas ocupações mal remuneradas. Em minha terra, na região suburbana da Filadélfia, nos anos de 1950 e 1960, os únicos afro-americanos que víamos eram trabalhadores domésticos, e os únicos trabalhadores domésticos que víamos eram afro-americanos. A percepção desta atividade como associada ao estigma racial enraizou-se, produzindo graves tensões e ressentimentos que fizeram o serviço doméstico parecer incompatível com a dignidade e a auto-estima. (Não precisava ser assim, obviamente; e voltarei a este ponto.)

*3. A prostituta e a cantora de clubes noturnos* Ambas utilizam seu corpo para proporcionar prazer, e o prazer dos clientes é o principal objetivo do que elas fazem.<sup>23</sup> Isto não significa que não en-

volvam uma boa dose de habilidades e arte, normalmente implicadas em ambos os casos. Ambas precisam responder a demandas dos clientes, ainda que (em graus variados, dependendo do caso) ambas possam também ter a liberdade de improvisar ou sugerir. Ambas podem ser bem ou mal remuneradas, ter melhores ou piores condições de trabalho e maior ou menor controle sobre o que fazem.

Em que elas diferem? A prostituta enfrenta riscos de saúde e de violência não enfrentados pela cantora. Ela também permite que sua intimidade seja invadida, enquanto a cantora não. Pode ser, também, que a prostituição seja sempre uma forma barata de uma atividade que possui uma modalidade melhor, superior, o que não necessariamente é o caso da *performance* vocal popular (ainda que, é claro, possa ser).<sup>24</sup> A cantora de clubes noturnos, além disso, não parece estar participando de, ou perpetuando, qualquer hierarquia de gênero – embora, em épocas anteriores não fosse assim, sendo as cantoras vistas como “uma espécie de prostitutas públicas” e sua atividade associada muitas vezes à inquietude sobre o controle da sexualidade feminina. Finalmente, não existe um (grande) estigma moral que recaia sobre a atividade de cantora de clubes noturnos, embora já tenha existido.

*4. A prostituta e a professora de filosofia* Estas duas figuras possuem uma similaridade muito interessante: ambas fornecem serviços em áreas que são geralmente consideradas especialmente íntimas e definidoras da individualidade. Do mesmo modo que a prostituta recebe dinheiro por sexo, que é usualmente considerado uma área de auto-expressão íntima, também a professora recebe dinheiro por elaborar e escrever coisas que pensa – sobre a moralidade, a emoção, a natureza do conhecimento, seja o que for – tudo parte de uma procura íntima humana pelo auto-conhecimento e por compreender o mundo. Foi precisamente por esta razão que os pensadores que mencionei viam como um problema moral o filosofar por dinheiro: este deveria ser um puro dom espiritual, que seria degradado pelo recebimento de salário. O fato de não considerarmos que a professora (mesmo a que regularmente ganha pelo maior salário oferecido), com isso, aliene sua mente ou transforme suas idéias em mercadorias – mesmo ao escrever um trabalho para uma conferência ou publicação específica – deveria colocar-nos em alerta, quanto a tirar estas conclusões no caso da prostituta.

Outras similaridades são que, em ambos os casos, a atuação envolve interação com outros, e a forma desta interação não é de todo controlada pela pessoa. Em ambos os casos, existe pelo menos um elemento produtor de prazer ou satisfação (observe-se o destacado papel das avaliações do ensino no emprego e promoção de professores), apesar de existir também, na filosofia, uma tradição contraposta de considerar que o objetivo da interação é produzir insatisfação e desconforto. (Sócrates não teria sido diplomado numa universidade moderna.) Pode parecer, à primeira vista, que a intimidade física da professora não é invadida – mas deveríamos questionar isto. Quando o argumento imprevisto de alguém invade a mente, não será isto tanto íntimo quanto físico? (E, muitas vezes, bem menos consensual do que o ato de penetração de uma prostituta por um cliente?) Ambas as atuações envolvem habilidade. Pode ser plausível argumentar que a de professora envolve uma habilidade mais desenvolvida, ou pelo menos uma instrução mais cara – mas devemos ter cuidado com isto. Nossa cultura está sempre pronta a considerar que o sexo não requer habilidade e que é simplesmente “natural”, uma opinião que é seguramente falsa e que sequer é levada a sério por muitas culturas.<sup>25</sup>

O salário da professora e suas condições de trabalho são, geralmente, muito melhores que aquelas das prostitutas (exceto as de elite). A professora possui um bom controle sobre a estrutura de seu dia e ambiente de trabalho, ainda que tenha também obrigações fixas que a prostituta, quando autônoma, não tem. Se a professora está em um país que protege a liberdade acadêmica, ela possui considerável controle sobre o que pensa e escreve, ainda que a pressão de modas, tendências e colegas a constriam em alguma medida. A necessidade da prostituta de agradar seu cliente, normalmente, exige mais e lhe deixa menos escolha. Desse modo, ela se aproxima mais de uma professora de filosofia em Cuba, do que sua colega nos Estados Unidos<sup>26</sup> – mas a professora cubana parece estar em pior situação, já que não pode dizer o que realmente pensa, nem quando está fora do trabalho. Finalmente, a professora de filosofia, sendo mulher, tanto é altamente respeitada na comunidade, como pode trazer crédito para todas as mulheres, por ter sucesso em uma atividade comumente considerada como área de reserva masculina. Desse modo, ela subverte a hierarquia de gênero tradicional, enquanto a prostituta, por sofrer ela própria do estigma, pode ser considerada perpetuando a hierarquia de gênero.

*5. A prostituta e a massoterapeuta* Estas duas *performers* do físico parecem estreitamente relacionadas. Ambas utilizam uma habilidade para proporcionar satisfação física ao cliente. Diferentemente da cantora de boate, ambas desempenham sua atividade através do contato físico com o cliente. Ambas precisam corresponder ao que o cliente deseja e, em boa medida, assumir o controle de como lidar com o corpo deste. O contato físico envolvido é particularmente íntimo, ainda que a intimidade física da massoterapeuta não seja invadida. O tipo de prazer físico produzido pela massagem pode, evidentemente, ter um elemento erótico, ainda que o tipo “respeitável” de massagista que considero aqui não seja diretamente sexual.

A diferença é, primordialmente, uma questão de respeitabilidade. Profissionais de massagem têm lutado pelo direito, que em boa medida conquistaram, de ser consideradas profissionais dignas, que exercem uma especialidade. Seu negócio é legal, não está estigmatizado, e as pessoas em geral não consideram que elas se degradam ou transformam seus corpos em mercadorias por usá-los para dar prazer a clientes. Elas se colocaram ao lado de fisioterapeutas e profissionais de medicina, dissociando-se da dimensão erótica de sua atividade. Como consequência deste bem sucedido auto-posicionamento, elas gozam de menos horas de trabalho, melhor pagamento e mais respeito, do que a maioria das prostitutas. Qual a diferença, poderíamos perguntar? Uma envolve sexo, a outra não. Mas que tipo de diferença é esta? É uma diferença que queremos defender? Nossas razões para considerar isto tão crucial são realmente razões, ou vestígios de preconceito moral? Uma série de crenças distintas entram em cena neste ponto: a crença de que as mulheres não devem praticar sexo com estranhos, a crença de que o sexo comercial é inerentemente degradante e torna a mulher indigna, a crença de que as mulheres não deveriam ter que fazer sexo com estranhos, se não quiserem, e, em geral, a crença de que as mulheres devem ter a opção de recusar sexo com quem não seja de sua escolha. Vale defender algumas dessas crenças, outras não. (Sustentarei que a questão da escolha é a que realmente importa). Precisamos classificá-las e assegurar que nossas políticas não sejam motivadas por posições que não estejamos realmente dispostas a defender.

*6. A prostituta e a artista de colonoscopia* Incluí esta profissão hipotética por uma razão que agora deve estar evidente: ela envolve uma invasão consensual do corpo. (O exemplo não é tão hipotético: estudantes de medicina precisam de modelos quando estão aprendendo a realizar exames internos e jovens atores de fato recebem para desempenhar tais papéis.)<sup>27</sup> A artista de colonoscopia utiliza sua capacidade de tolerar a sonda de fibra ótica sem anestesia para ganhar a vida. Neste processo, ela permite a abertura de seu corpo para ser penetrado pela atividade de outra pessoa – e, podemos acrescentar, é penetrada muito mais profundamente do que ocorre geralmente no caso do sexo. Ela corre algum risco físico, uma vez que está sendo usada para testar instrumentos novos, e, provavelmente, terá de jejuar e esvaziar seu reto com regularidade suficiente, o que pode incorrer em subnutrição e algum dano às suas funções de excreção. Sua remuneração pode não ser satisfatória – pois esta, provavelmente, não é uma profissão caracterizada pelo que Smith denominava de “beleza e raridade dos talentos”, e pode também envolver algum estigma, dado que as pessoas tendem a repugnar-se ao pensar nos intestinos.

E, todavia, de uma maneira geral, não consideramos que esta atividade seja um comércio torpe, ou que transforme a mulher que a exerce em uma mulher degradada. Talvez quiséssemos bani-la ou regulamentá-la, se a considerássemos muito perigosa, mas não seríamos levados a bani-la por razões morais. Por que não? Alguns apontariam o fato de que ela nem reflete, nem perpetua um hierarquia de gênero, o que é verdade. (Ainda que ser mulher seja um fator crucial na seleção para o trabalho – eles precisam estudar, por exemplo, tanto retos masculinos como femininos – não o será por razões que pareçam relacionadas à subordinação de mulheres.) Mas, certamente, uma boa parte da diferença tem a ver com o fato de que a maioria das pessoas não considera imoral a penetração anal, por um profissional de medicina, no contexto de um procedimento médico,<sup>28</sup> enquanto muita gente considera que é imoral a penetração vaginal ou anal no contexto de relações sexuais (exceto sob circunstâncias muito especiais) e que uma mulher que se dedica a isto é, assim, uma mulher imoral e vil.

#### IV

A prostituição, vemos agora, possui muitas características relacionadas com outras formas de serviços físicos. Ela difere dessas outras atividades, de vários modos sutis, mas a maior diferença consiste no fato de que ela é, hoje, mais amplamente estigmatizada. Professores já não ouvem que vender seu ensino é *turpis quaestus*. Cantores de ópera já não ouvem que sejam inaceitáveis em uma sociedade educada. Mesmo a massoterapeuta conquistou respeito como uma profissional qualificada. Qual a diferença em relação à prostituição? Dois fatores persistem como fonte de estigma. Um é que a prostituição é amplamente tida como imoral; o outro é que a prostituição (pelo menos freqüentemente) está amarrada à hierarquia de gênero, às idéias de que as mulheres e sua sexualidade precisam da dominação e controle masculinos e à concepção relacionada de que as mulheres deveriam estar disponíveis aos homens para prover vazão a seus desejos sexuais. A perspectiva da imoralidade seria de difícil sustentação, hoje, como justificativa para a regulação legal da prostituição e, talvez, mesmo para a sua condenação moral. A prostituição era considerada imoral, porque acreditava-se que o sexo sem finalidade reprodutiva e, especialmente, o sexo extramarital eram imorais. A prostituta era normalmente vista como figura perigosa, cuja carreira era inteiramente dedicada à luxúria. Mas a luxúria feminina era (e com freqüência ainda é) vista geralmente como vil e perigosa; assim, a prostituição era vista como vil e perigosa. Algumas pessoas ainda defenderiam hoje estas posições, mas parece inconsistente fazê-lo, se não se está preparado para repudiar igualmente outras formas de atividade sexual não marital. Penso que devemos admitir que a razão mais comum para o estigma atribuído à prostituição é débil, pelo menos enquanto uma razão pública: uma visão moralista sobre a sexualidade feminina, que raramente é aplicada consistentemente (ao sexo pré-marital, por exemplo) e que parece incapaz de justificar uma restrição às atividades de cidadãs que têm uma perspectiva diferente sobre o que é bom e apropriado. Em qualquer medida, parece difícil utilizar o estigma assim incorrido para justificar a perpetuação do estigma através da criminalização, a menos que se esteja preparado para aceitar uma ampla gama de leis moralistas que venham interferir em

atividades consensuais escolhidas; coisa que a maioria das feministas que atacam a prostituição dificilmente quererão fazer.

Mais promissor, como fonte de bons argumentos morais, pode ser o estigma decorrente da relação entre a prostituição e a hierarquia de gênero. Mas qual é esta conexão e como exatamente a hierarquia de gênero explica o estigma difundido? Só uma pequena minoria de pessoas vê a prostituição sob a perspectiva negativa devido à colaboração desta com a supremacia masculina; só uma pequena minoria de pessoas, em qualquer época, tem sido pensadora feminista, preocupada com a erradicação da desigualdade. Tais pessoas verão a prostituição da mesma forma como vêem mulheres cobertas com véu ou em *pardah*<sup>29</sup>: com indignação solidária, como vítimas de um sistema injusto. Esta crítica feminista, então, não explica por que as prostitutas são hoje estigmatizadas, mantidas sob o desdém – tanto por não ser suficientemente difundida como por conduzir a um posicionamento solidário e não de desdém.

O modo como a hierarquia de gênero realmente explica o estigma é muito diferente; um modo que, ao final, acaba sendo apenas outra forma de acusação de imoralidade. Pessoas comprometidas com a hierarquia de gênero e determinadas a assegurar que a perigosa sexualidade das mulheres seja controlada pelos homens, freqüentemente, têm visto a prostituta, uma mulher sexualmente ativa, como uma ameaça ao controle masculino das mulheres. Assim, essas pessoas estão determinadas a reprimir a ocupação em si, através da criminalização, ou – se consideram que a sexualidade masculina necessita uma tal válvula de escape e que esta, em última instância, protege o casamento por proporcionar ao desejo masculino uma vazão seguramente desvalorizada – a mantê-la dentro de limites, por meio de uma regulação estreita. (Criminalização e regulação não são diretamente opostas; podem ser estratégias estreitamente relacionadas. De modo similar, a prostituição é geralmente concebida não como inimiga, mas como aliada do casamento: as duas são formas complementares de controlar a sexualidade feminina.) O resultado é que o significado social é aplicado de forma a manter a sexualidade feminina entre fronteiras cuidadosamente instaladas pelos homens. O estigma atribuído à prostituta é parte integral de tal limitação.

Uma valiosa ilustração dessa tese é dada pelo fascinante e cuidadoso estudo de Alain Corbin sobre prostitutas da França do final do século dezenove.<sup>30</sup> Corbin mostra que o interesse na regulamentação da prostituição era justificado pelo suposto interesse público em controlar e tornar submissa uma perigosa sexualidade feminina, sempre ameaçadora para o casamento e a ordem social. Mantidas em casas cuidadosamente supervisionadas, conhecidas como *maisons de tolérance*, as prostitutas eram conhecidas pelo nome revelador de *filles soumises*, uma expressão que muito obviamente as designava como registradas, “subjugadas” à lei, mas que também denotava sua situação controlada e confinada. O significado disto é que elas eram controladas e confinadas de modo a poderem fornecer uma vazão segura para os desejos que ameaçavam romper a ordem social. O objetivo subjacente do projeto regulamentarista, sustenta Corbin (com ampla documentação), era “a total repressão da sexualidade”.<sup>31</sup> Os regulamentaristas citavam incansavelmente a prescrição de Santo Agostinho: “Aboli as prostitutas e as paixões e destruireis o mundo; dai-lhes *status* de mulher honesta, e a infâmia e a desonra enegrecerão o universo”.<sup>32</sup> Em outras palavras, o estigma precisa estar colado às prostitutas, em razão da necessária hierarquia que requer moralidade para subjugar o vício e o macho a fêmea, vista como oportunidade e causa do vício. Manter as prostitutas longe da “boa mulher”, a esposa cuja sexualidade é monogâmica e voltada para a reprodução, cria um sistema que mantém o controle masculino sobre o desejo feminino.<sup>33</sup>

Esta atitude em relação à prostituição possui paralelos modernos. Um exemplo instrutivo vem da Tailândia, nos anos de 1950, quando o Marechal Sarit Thanarat iniciou uma campanha de purificação social, sustentando que “a sordidez e a impropriedade social ... conduzem à erosão da ordem social”.<sup>34</sup> Em teoria, o objetivo de Thanarat era criminalizar a prostituição pela imposição de penas de prisão e multas exageradas. Na prática, o resultado foi um sistema de exames médicos e “reabilitação moral” que mudou o foco da condenação pública dos cafetões e traficantes para as próprias prostitutas. Diferentemente do sistema francês, o sistema tailandês não encorajava a prostituição registrada, mas era similar em sua mensagem pública de que o problema da prostituição é um problema de mulheres “depravadas” e no reforço da



mensagem de que a sexualidade feminina é causa de rompimento social a menos que seja estreitamente controlada.

Em resumo, a hierarquia sexual provoca estigma, geralmente, não através da crítica feminista, mas por meio de um conjunto muito mais questionável de significados sociais – significados que qualquer pessoa preocupada com a justiça para as mulheres deveria questionar. Pois são estes mesmos significados sociais que são utilizados para justificar o isolamento das mulheres, o cobrimento das mulheres e a mutilação genital das mulheres. A perspectiva se reduz à visão de que as mulheres são essencialmente imorais e perigosas e serão mantidas sob controle pelos homens, somente se estes arquitetarem as coisas de modo que elas não possam ultrapassar os limites. A prostituta, sendo uma mulher sexualmente livre e não controlada, é vista neste contexto como particularmente perigosa, mas necessária à sociedade, e que deve estar permanentemente subjugada. Como uma mulher honesta, uma mulher digna, ela irá arruinar a sociedade. Como uma *fille soumise*, sua reputação na lama, ela pode ser tolerada para o serviço que presta (ou, no caso tailandês, pode prover um vistoso espetáculo público de “reabilitação moral”).

Tudo isto desvia a atenção de crimes muito sérios, tais como a utilização de raptos, coerção e fraude para atrair mulheres para a prostituição. Por estas razões, organizações internacionais de direitos humanos, tais como a Human Rights Watch e a Anistia Internacional têm evitado assumir posição em relação à prostituição como tal e enfocado suas energias na questão do tráfico e da coerção financeira.<sup>35</sup>

Parece, então, que o estigma associado à prostituição tem uma origem que as feministas podem, com boa razão, associar a condições de base injustas e condenar como desigual e irracional, baseada em um temor histórico da sexualidade desenfreada das mulheres. Deve haver outros bons argumentos contra a legalidade da prostituição, mas a existência de um estigma disseminado por si mesmo não parece estar entre eles. Estando a prostituição estigmatizada, pessoas são prejudicadas por esta estigmatização, e não ter dignidade nem auto-estima em sua própria sociedade é um grave dano a uma pessoa. Mas lidar com este grave dano (comparável aos danos à dignidade e auto-estima de casais inter-

raciais, ou de lésbicas e de *gays*) através de restrições legais permanentes contra a prostituta não é a melhor forma de administrá-lo. Uma alternativa seria, por exemplo, combater a discriminação contra estas pessoas e tomar medidas para promover sua dignidade. Como declarou a Suprema Corte, em um caso de custódia envolvendo mistura de raças, “preconceitos particulares podem estar fora do alcance da lei, mas a lei não pode, direta ou indiretamente, efetivá-los”.<sup>36</sup>

## V

Assim, por si mesmo, o estigma disseminado não parece conferir uma boa razão para a persistente criminalização da prostituição; não mais do que faria para a ilegalidade do casamento inter-racial. O estigma em questão não parece sequer dar base a um sólido argumento moral contra a prostituição. Este não é, contudo, o fim da questão: existe uma série de outros argumentos significativos que têm sido levantados para apoiar a criminalização. Com os nossos seis casos relacionados em mente, vamos agora voltar-nos àqueles argumentos.

*1. A prostituição envolve riscos de saúde e riscos de violência* A isto podemos oferecer duas contestações. Em primeiro lugar, na medida em que esta afirmação é verdadeira, o que é óbvio, o problema torna-se muito mais grave com a ilegalidade da prostituição, que impede supervisão adequada, estimula o domínio de cafetões e desestimula o controle da saúde. Como revela Corbin, regimes de prostituição legal, mas regulamentada, nem sempre deram certo para as mulheres: os controles de saúde das *filles soumises* eram ridiculamente curtos e inadequados.<sup>37</sup> Mas não há razão para não se concentrar na meta de controles adequados de saúde, e algumas nações européias têm trabalhado bem nesta área.<sup>38</sup> Os bordéis legais, em Nevada, não tiveram casos relatados de AIDS.<sup>39</sup> Certamente os riscos de violência podem ser muito melhor controlados quando a polícia é um aliado das prostitutas, em vez de um opressor.

Na medida em que os riscos restam a uma parte inevitável deste tipo de vida, devemos agora perguntar-nos que concepção geral da legalida-

de empreendimentos arriscados queremos defender. Queremos rejeitar todo o ofício arriscado simplesmente porque prejudica o seu agente? Ou demandamos uma amostra do dano a outros (como pode ocorrer, por exemplo, no caso de apostas)? Seja qual for a posição que adotemos nesta complexa questão, certamente seremos levados a concluir que a prostituição fica bem situada no domínio da legalidade aceitável: é muito menos arriscada que o boxe, outra atividade na qual a classe trabalhadora tenta sobreviver e prosperar, sujeitando seus corpos a algum risco de dano. Existe uma razão mais forte para a regulamentação paternalista do boxe do que a da prostituição e a visibilidade (a glorificação da violência como um exemplo para os jovens) torna o boxe, no mínimo, tão moralmente problemático quanto a prostituição, se não mais. No entanto, não defenderei a criminalização do boxe e duvido que muitos americanos o façam. A regulamentação consciente, tanto do boxe como da prostituição, ao contrário, parece razoável e compatível com a liberdade individual.

Na arena internacional, muitos destes problemas derivam do uso da força e da fraude para induzir mulheres a ingressar na prostituição, muitas vezes ainda muito jovens e em um país estrangeiro onde elas não têm direitos civis. Um destino especialmente comum, por exemplo, é a Tailândia, e uma fonte comum, a Birmânia, onde a devastação da economia rural transformou muitas jovens em alvo fácil para promessas de serviços domésticos em outros lugares. Levado pelo medo dos clientes em relação ao HIV, o comércio tem-se concentrado em meninas cada vez mais jovens, de regiões cada vez mais remotas. Observadores de direitos humanos vêm notando que um grande número dessas mulheres não tem idéia do que estava fazendo quando deixou seu país e que elas são mantidas no local através de coerção tanto econômica como física. (Em muitos casos, membros da família receberam pagamento, que então se transforma numa "dívida" pela qual a menina tem de pagar.)<sup>40</sup> Estas circunstâncias, terríveis em si mesmas, preparam o terreno para outras formas de risco e violência. De cinquenta a setenta por cento das mulheres e meninas entrevistadas pela Human Rights Watch estavam positivadas para o HIV; prisões discriminatórias e deportações são freqüentemente acompanhadas de abuso sob custódia da polícia. Todos estes problemas são maximizados pela atitude punitiva da polícia e do governo em relação a estas mulhe-

res, como prostitutas ou estrangeiras ilegais, ou ambos, ainda que, tanto sob a legislação nacional como a internacional, as vítimas de tráfico estejam isentas de penalidade legal e tenham garantida sua repatriação segura para o país de origem. Esta situação obviamente merece tanto condenação moral como uma pressão legal internacional, mas é tornada pior pela própria ilegalidade da prostituição.

*2. A prostituta não tem autonomia; suas atividades são controladas por outros* Este argumento<sup>41</sup> não serve para diferenciar a prostituição de muitas outras formas de serviços físicos prestados por mulheres da classe trabalhadora. A operária está pior na escala da autonomia, e a empregada doméstica não está melhor. Creio que este ponto expressa uma preocupação moral legítima: a vida de uma pessoa não parece prosperar se consistir apenas em uma forma de trabalho que está totalmente fora do controle e direção da própria pessoa. Karl Marx associou corretamente um tal tipo de trabalho com o fracasso da plena realização da humanidade e (invocando Aristóteles) sustentou de forma persuasiva que uma vida humana próspera requer certamente algum tipo de uso do raciocínio no planejamento e execução do próprio trabalho.<sup>42</sup> Mas este é um problema disseminado para o trabalho no mundo moderno, não um problema peculiar à prostituição como tal. E, certamente, criminalizar a prostituição não ameniza o problema – não mais do que amenizaria criminalizar o trabalho na fábrica ou o serviço doméstico. Uma mulher não irá alcançar maior controle, nem o “pleno desempenho humano”, ficando desempregada. Em vez disso, deveríamos, sim, refletir sobre formas de promover mais controle sobre a escolha das atividades, maior variedade e mais humanidade de um modo geral nos tipos de trabalho que estão de fato disponíveis para pessoas com pouca educação e poucas opções. Isto seria muito mais útil do que remover uma das opções que elas têm.

*3. A prostituição envolve a invasão da intimidade física* Este argumento<sup>43</sup> parece não sustentar a regulamentação legal da prostituição desde que a invasão em questão seja consensual. Isto é, que a prostituta não seja raptada, atraída de forma fraudulenta, ou que não se

trate de uma criança abaixo da idade de consentimento, ou que esteja sob coação contra partir se assim o quiser. Neste sentido, a prostituição é totalmente diferente do assédio sexual e do estupro e muito mais próxima da atividade da artista de colonoscopia – não do gosto de todos e envolvendo uma entrega da privacidade física que alguns considerarão repulsiva, mas, nem por isso, necessariamente má, seja para ela mesma ou para outros. O argumento parece não sustentar sequer a crítica moral da prostituição, a menos que se esteja preparado para criticar moralmente todo o contato sexual que não envolva amor ou casamento.

*4. A prostituição dificulta o estabelecimento de relações de intimidade e comprometimento* Este argumento é feito enfaticamente por Elizabeth Anderson em defesa da criminalização da prostituição.<sup>44</sup> A primeira questão que devemos levantar é: isto é verdade? Parece que as pessoas ainda se apaixonam na Holanda, na Alemanha e na Suécia. Elas também se apaixonavam na Antiga Atenas, onde a prostituição não só era legal, mas também, provavelmente, subsidiada.<sup>45</sup> Na verdade, um tipo de relacionamento parece não eliminar a necessidade do outro – não mais do que uma novela de Jackie Collins eliminaria o desejo de ler Proust. Proust possui um valor específico, que de modo algum é encontrado em Jackie Collins. Assim, as pessoas que buscam aquele valor continuarão a procurar Proust, e não há motivo para pensar que a presença de Jackie Collins na estante de livros possa confundir os amantes de Proust e levá-los a pensar que as obras se parecem. O mesmo ocorre, supõe-se, com o amor na Holanda: pessoas que desejam relações próximas e comprometimento continuam a procurá-los, pelo valor específico que eles proporcionam, e não terão dificuldades em expressar a diferença entre um e outro tipo de relação, apesar da disponibilidade de ambas.

Em segundo lugar, deve-se perguntar que mulheres Anderson tem em mente. Estará ela afirmando que a criminalização da prostituição facilitaria a formação de relações amorosas por parte das mulheres que eram (ou teriam sido) prostitutas? Ou estará afirmando que a indisponibilidade da prostituição como uma opção para a classe trabalhadora tornaria mais fácil para as românticas mulheres da classe média terem as relações que desejam? A primeira afirmação é implausível, uma vez que é difícil ima-

ginar como, reforçando o estigma contra prostitutas ou impedindo algumas mulheres pobres de assumir uma de suas poucas opções de emprego, se poderia melhorar suas relações humanas.<sup>46</sup> A última afirmação pode ser verdadeira (embora nada óbvia), mas soa como uma idéia repugnante, que, tenho certeza, Anderson não endossa – a de que deveríamos tornar mais pobres as mulheres pobres para que as mulheres da classe média possam encontrar amor. Em terceiro lugar, deve-se perguntar a Anderson se está preparada para endossar o grande número de argumentos deste tipo que possivelmente serão apresentados no domínio da cultura popular e, caso contrário, se ela é capaz de mostrar como poderia rejeitá-los com base na inaceitável violação da liberdade e, ainda assim, viabilizar o argumento sobre prostituição que ela mesma endossa. Pois parece plausível que, tornando o *rock* ilegal, aumentaria a probabilidade de que as pessoas ouvissem Mozart e Beethoven; que tornando Jackie Collins ilegal, as pessoas provavelmente se voltariam para Joyce Carol Oates; que proibindo os anúncios comerciais, fosse provável que as pessoas passassem a avaliar produtos com mais consciência de valor; e que, tornando a televisão ilegal, estaríamos melhorando a destreza das crianças para a leitura. O certo, no entanto, é que devemos rejeitar totalmente essas idéias (que sequer acolhemos seriamente) porque não desejamos viver em um *República* de Platão, com nossas opções culturais ditadas por um grupo de guardiães sábios, por mais autênticos que possam ser seus juízos.<sup>47</sup>

*5. A prostituta aliena sua sexualidade ao mercado; transforma seus órgãos e atos sexuais em mercadorias*<sup>48</sup>

Será verdade? Parece implausível afirmar que a prostituta aliena sua sexualidade apenas porque fornece serviços sexuais ao cliente em troca de uma taxa. A cantora aliena sua voz, ou a professora sua mente? A prostituta ainda detém sua sexualidade; pode utilizá-la por sua própria conta, para além de sua relação com o cliente, assim como a doméstica pode cozinhar para sua família e limpar sua própria casa.<sup>49</sup> Ela pode também deixar de ser uma prostituta e ainda estará de posse de sua sexualidade. Na verdade, ela sequer deu a alguém o monopólio desses serviços, muito menos o está depositando nas mãos de outro. A questão chave que a separa da professora e da cantora parece ser o grau

de escolha que ela exerce sobre os atos que pratica. Mas será este um problema particular da prostituta, mais do que o é para a operária, ou para a empregada doméstica, ou para a artista de colonoscopia – que ingressam em trabalhos onde não terão muito a dizer em relação ao que fazer ou (dentro de limites) como fazer? A liberdade de escolher como trabalhar é um luxo, sem dúvida altamente desejável, mas uma característica de bem poucos empregos a que pessoas não ricas têm acesso.

Quanto à afirmação de que a prostituta transforma sua sexualidade em mercadoria, devemos perguntar o que isto significa. Se quer dizer apenas que ela aceita pagamento por serviços sexuais, isto é óbvio; mas nada mais foi dito que demonstre que isto é mau. A professora, a cantora, a instrumentista clássica – todas aceitam pagamento, e é plausível supor que isto é bom e que cria uma esfera de liberdade. Professores têm mais liberdade para desenvolver suas próprias idéias hoje, como profissionais remunerados, do que tinham quando eram apoiados por ordens monásticas; instrumentistas clássicos, amparados por contratos garantidos pelos sindicatos de músicos, dispõem de mais tempo livre do que os músicos não sindicalizados e de mais oportunidades de atuar em atividades solo e experimentais que irão aprimorar sua arte. Em nenhum caso, concluiríamos que a existência de um contrato converteu as habilidades pessoais em objetos a serem trocados e negociados separadamente dos que as produzem; elas continuam a ser habilidades humanas criativas, bem resguardadas por seus detentores. Assim, se, por um lado, “mercantilizar” significa meramente aceitar pagamento, não temos razão para acreditar que isto seja ruim.

Se, por outro lado, tentarmos interpretar a afirmação de “mercantilização” utilizando a estrita definição técnica de “mercadoria” utilizada pelo Código Comercial Unificado,<sup>50</sup> a declaração é claramente falsa. Pois esta definição enfatiza a natureza “fungível” dos bens em questão, e bens “fungíveis” são, por sua vez, definidos como bens “dos quais qualquer unidade, por sua natureza ou uso comercial, é equivalente a qualquer outra unidade semelhante”. Embora não acreditemos que a alma ou o eu interior da prostituta seja de grande interesse do cliente, ela normalmente não é considerada um simples conjunto de unidades totalmente intercambiáveis.<sup>51</sup> Prostitutas são pro-

vavelmente mais fungíveis do que um fagotista, mas não de todo. (Corbin relata que todas as *maisons de tolérance* tinham normalmente um repertório de diferentes tipos de mulheres, para agradar os diversos gostos, o que não surpreende.) O que parece ser o ponto aqui é que a mulher não é procurada como um indivíduo, não é considerada como um ser único e especial. Mas isto ocorre nas várias formas em que as pessoas tratam umas às outras, em diversas instâncias da vida, e não parece plausível que utilizemos este tipo de desconsideração como base para a criminalização. Isto pode nem ser imoral, pois não temos como conhecer profundamente todas as pessoas com quem temos contato na vida, e muitos destes contatos são satisfatórios sem se conhecer bem a outra pessoa. Assim, nossa questão moral se reduz à pergunta: é sempre imoral o sexo sem o conhecimento pessoal profundo? Parece impertinente e presunçoso utilizar-se da experiência pessoal para dar uma resposta afirmativa a esta questão, dada a variedade das experiências de sexualidade das pessoas.

De um modo geral, então, parece não existir nada pernicioso ou humilhante em receber pagamento por um serviço, ainda que este serviço expresse algo da intimidade do prestador. Professores recebem salário, artistas trabalham por comissão sob contratos – freqüentemente realizando trabalhos de alto valor intelectual e espiritual. Receber por uma produção não transforma nem a atividade nem o produto (por exemplo, o artigo, a pintura) em uma mercadoria no seu sentido pernicioso, que implica fungibilidade. Sendo assim, não há razão para pensar que a aceitação de dinheiro por parte de uma prostituta pelos serviços que presta necessariamente envolva uma conversão nociva de um ato íntimo em uma mercadoria. Parece que o fato de os atos da prostituta serem menos íntimos do que muitos outros atos sexuais que as pessoas desempenham não tem muito a ver com o fato de ela receber dinheiro, já que as pessoas estão sempre engajando-se em diversas atividades pessoais (pintar, cantar, escrever) por dinheiro, sem por isso perderem o valor. A atividade dela é menos íntima porque é esta justamente a questão. É problemática não em razão do dinheiro envolvido, nem pela falta de intimidade (que, como afirmei, me parece presunção declarar nociva em qualquer caso), mas devido às características de suas condições de trabalho e à forma como é tratada por outros.



Aqui ficamos com uma charada interessante: minha discussão sobre professores e pintores certamente parece implicar que não há razão, em princípio, para que o sexo mais pessoal e comprometido não possa envolver um contrato e uma troca financeira. Então, por que não é assim em nossa cultura? Uma resposta é que isto ocorre muito freqüentemente quando pessoas constituem relações de compromisso que incluem um elemento de dependência econômica, seja ela mútua ou unilateral. O casamento tem, muitas vezes, apresentado esta característica, nem sempre ruim. Mas, na medida em que não trocamos dinheiro por sexo, por que não o fazemos? Em várias culturas, cortesãos, tanto homens como mulheres, têm sido um tanto comuns como primeiros parceiros sexuais do que o são aqui. Diferentemente de um bom número de culturas, não estamos inclinados a ver o sexo em relações pessoais íntimas do mesmo modo como vemos a criação artística de um quadro, especialmente como um ato pessoal que pode, no entanto, ser assumido deliberadamente como resultado de um acordo anterior similar a um contrato. Por que não? Penso que existe um mistério nisto, mas podemos começar a desvendá-lo mencionando duas características. Primeiro, há o fato de que o sexo, ainda que prolongado, toma muito menos tempo do que escrever um artigo ou pintar um quadro. Além do mais, também não pode ser feito com muita freqüência; sua estrutura natural não permite que, com freqüência, ocupe um dia inteiro. Pode-se, portanto, manter uma relação sexual próxima, da forma que se deseja, sem desdenhá-la, enquanto se desenvolve outra atividade como meio de subsistência. Acadêmicos e artistas por vezes têm de buscar outras linhas de trabalho, mas preferem não fazê-lo. Normalmente, consideram que, para fazer seu trabalho do modo como gostariam, devem dedicar-se exclusivamente. Assim, eles tendem naturalmente para a opinião de que seu modo característico de trabalho criativo combina bem com um contrato e salário regular.

Isto, no entanto, ainda não explica as diferenças culturais. Para começar a discutir isto, temos que mencionar a influência de nossa herança do romantismo, que nos faz pensar que o sexo não é autêntico se não for espontâneo, "natural" e, em alguma medida, não planejado. O Romantismo exerceu uma influência muito maior sobre nossas idéias a respeito do sexo do que sobre nossas idéias em relação à produção

artística e intelectual, levando-nos a pensar que qualquer negociação ou arranjo anterior, de alguma forma, diminui aquela forma característica de expressão.

Nossas idéias românticas sobre a diferença entre sexo e arte são boas ou más? Um pouco de cada, imagino. Elas são problemáticas na medida em que fazem as pessoas acreditarem que o sexo acontece naturalmente, não requer ajustes e habilidades complicadas e se inflama (e se apaga) de modo incontrolável.<sup>52</sup> Enquanto nos fazem pensar que sexo não combina com confiança, com cumprir promessas etc., estas idéias são certamente “subversivas” dos objetivos de Anderson de “intimidade e comprometimento”, que seriam provavelmente melhor atendidos por atitudes que tornassem o sexo nas relações pessoais íntimas (e especialmente nos casamentos) mais parecido com a atividade do artista ou do professor. Por outro lado, visões românticas também promovem de certa forma os objetivos de Anderson, uma vez que levam as pessoas a relacionarem o sexo com auto-revelação e auto-expressão, em vez da prudente ocultação de si mesmo. Muitos dos dilemas atuais relativos ao casamento em nossa cultura se derivam de uma luta tensa para preservar o bem no romantismo, evitando os perigos que este coloca para o compromisso. Como sabemos, a luta nem sempre é bem sucedida. Há muito mais a dizer sobre este tópico fascinante. Mas, tendo em vista que (como já afirmei) ele nos afasta do tema da prostituição, devemos agora retornar à nossa principal linha de argumentação.

### *6. A atividade da prostituta é moldada pela dominação masculina e, por sua vez, a perpetua<sup>53</sup>*

A instituição da prostituição como se apresentou na maior parte de sua história é certamente moldada por aspectos de dominação masculina das mulheres. Como já afirmei, é formada pela percepção de que a sexualidade feminina é perigosa e necessita regulação cuidadosa, de que a sexualidade masculina é ávida e necessita uma vazão “segura”, de que o sexo é obsceno e degradante e de que somente uma mulher degradada é um objeto sexual apropriado.<sup>54</sup> As prostitutas geralmente não têm sido tratadas com respeito, nem lhes é concedida a dignidade de que deve gozar todo o ser humano. Este tratamento elas partilham

com muitas pessoas da classe trabalhadora de vários tipos e idades, mas sem dúvida existem características particulares do desrespeito que derivam da supremacia masculina e do desejo de controlar as mulheres – bem como de uma tendência de relacionar o sexo à profanação (feminina), que é comum na história cultural da Europa Ocidental. A violência física contra prostitutas e o controle dos seus pertences pelos cafetões – bem como o uso disseminado da força e da fraude no mercado internacional – são características extremamente danosas da dominação masculina que não têm paralelo em outros tipos de trabalho de baixa remuneração. Algumas destas formas de conduta podem ser, em grande parte, uma consequência da ilegalidade desta indústria e comparáveis ao comportamento ameaçador dos traficantes de drogas em relação a seus distribuidores (geralmente homens). Resta ainda uma questão: até que ponto a violência pode ser explicada pela dominação masculina enquanto tal. Na arena internacional, onde os regulamentos contra esta forma de delito são normalmente tratados como piada, a ilegalidade não é explicação suficiente.

Não só a prostituição é moldada pela dominação masculina servindo para reforçá-la. Sistemas de propriedade patrilinear e de casamento exógamo, por exemplo, contribuem de forma mais incisiva para perpetuar, não apenas a dominação masculina, mas também os maus tratos e até morte de mulheres. Existe provavelmente uma forte razão para tornar a concessão de dote ilegal, como ocorre na Índia desde 1961 e em Bangladesh<sup>55</sup> desde 1980 (ainda que com pouco sucesso): pode-se demonstrar de modo convincente que a instituição do dote está diretamente relacionada com a extorsão, as ameaças de dano físico e até com a morte de um grande número de mulheres.<sup>56</sup> Também é óbvio que o sistema de dotes condiciona a percepção do valor das crianças do sexo feminino: elas constituem uma grande despesa e não estarão por perto para proteger os pais na velhice. Esta estrutura está diretamente relacionada com a desnutrição, a negligência, a não educação e, até mesmo, o infanticídio femininos, males que têm causado a morte de milhões de mulheres no mundo.<sup>57</sup> É perfeitamente compreensível que os governos da Índia, de Bangladesh e do Paquistão estejam preocupados com o sistema de dotes, uma vez que parece muito difícil melhorar a terrível situação econômica e as condições físicas das mulheres, sem mudanças estruturais. (O Paquistão adotou recente-

mente uma solução quixotesca, tornando ilegal servir comida em casamentos – levando, assim, à pobreza vários fornecedores.) O dote é uma instituição que afeta milhares de mulheres, determinando o curso de quase toda a vida das meninas, de forma disseminada e desde o princípio. A prostituição como tal, em geral, não tem implicações tão horrendas nem tão alastradas. (Na verdade, ela é, com frequência, o produto do sistema de dote, quando pais recebem pagamento para vender uma filha à prostituição, pela qual, de outro modo, eles teriam de pagar um dote.) A justificativa para torná-la ilegal com base na subordinação parece mais fraca do que a justificativa para ilegalizar o dote, ou mesmo festas de casamento. E, no entanto, mesmo estas leis são de mérito dúbio e, provavelmente, sob nossa tradição constitucional, seriam consideradas uma violação da liberdade. (É significativo o fato de que a Human Rights Watch, que tem combatido tão ativamente a questão da prostituição forçada, não assume qualquer posicionamento em relação à legalidade da prostituição em si).

De um modo mais geral, pode-se argumentar que a instituição do casamento, da forma como tem sido praticada frequentemente, tanto expressa como reforça a dominação masculina. Seria correto utilizar a lei para mudar as características mais injustas desta instituição – proteger as mulheres contra a violência doméstica e estupro marital, dar às mulheres iguais direitos de propriedade e custódia e melhorar suas opções de saída através de uma formulação inteligente da lei do divórcio. Mas classificar o casamento em si como ilegal, com base na justificativa de que ele reforça a dominação seria uma intrusão excessiva na liberdade, mesmo que se acreditasse que o casamento é irremediavelmente desigual. O mesmo ocorre, acredito, em relação à prostituição: o que parece correto é utilizar a lei para proteger a integridade física das prostitutas contra ataques, proteger seus direitos de receita contra a extorsão dos cafetões, proteger as mulheres pobres nos países em desenvolvimento do tráfico forçado e das ofertas fraudulentas e garantir seus plenos direitos civis nos países para onde são levadas – para torná-las iguais perante a legislação tanto civil como penal. Porém, a criminalização da prostituição parece impor um obstáculo maior a esta igualdade.

Os esforços em defesa da dignidade e da auto-estima de prostitutas têm conduzido à direção justamente oposta. Nos Estados Unidos, as

prostitutas estão organizadas há tempo para demandar maior respeito, ainda que seus esforços sejam dificultados pela persistente ilegalidade da prostituição. Na Índia, a Federação Nacional de Mulheres adotou várias estratégias para dar às prostitutas mais dignidade perante o público. Por exemplo, no Dia Nacional da Mulher, elas selecionaram uma prostituta para colocar uma grinalda na cabeça do Primeiro Ministro. De modo similar, a UNICEF tem atuado no estado indiano de Andhra Pradesh para que as prostitutas sejam oficialmente classificadas como "trabalhadoras", de modo que possam gozar dos benefícios de cuidado da infância que o governo local estende a esta classe. Como aqui, com as empregadas domésticas: dar às trabalhadoras mais dignidade e controle pode mudar gradualmente tanto a percepção como a própria dominação.

*7. A prostituição é um comércio em que as pessoas não entram por livre escolha; portanto os negócios assim realizados não devem ser considerados como negócios de fato* Aqui devemos distinguir três casos. Primeiro, o caso em que uma mulher entra na prostituição por algum tipo de conduta criminal: rapto, assalto, narcotização, estupro, violação de menor, chantagem, aliciamento fraudulento. Neste caso, podemos certamente inferir que não houve escolha para a mulher, e a lei deveria agir para punir seu opressor. Atualmente, este constitui-se em um grave problema nos países em desenvolvimento. As organizações internacionais de direitos humanos acertadamente fazem deste um de seus focos principais de atuação.<sup>58</sup>

O caso da prostituição infantil está estreitamente relacionado ao anterior. A prostituição infantil é freqüentemente acompanhada de rapto e detenção forçada. Quando as crianças não são roubadas de casa, muitas vezes seus pais as venderam sem o consentimento delas. Mas, mesmo quando o consentimento existe, devemos julgar que ocorre uma inadmissível violação da autonomia e da liberdade. Uma criança (e, devido ao temor dos clientes em relação ao HIV, os bordéis agora dão preferência a meninas a partir de dez anos de idade)<sup>59</sup> não pode dar consentimento para viver na prostituição; não apenas a falta de informação e de opções econômicas (se os pais colaboram no esquema),

mas também a ausência de direitos políticos para os adultos, faz de uma tal “escolha” não uma escolha de fato.

Diferente é o caso de uma mulher adulta que entra na prostituição devido a más opções econômicas: porque parece uma melhor alternativa econômica do que a indústria de frangos, porque não existe outro emprego disponível para ela etc. Este é também, devemos insistir, um caso em que a autonomia foi violada, mas de uma forma diferente. Consideremos o vívido exemplo de Joseph Raz da “mulher perseguida”: uma mulher, em uma ilha deserta, que é constantemente perseguida por um animal que devora seres humanos.<sup>60</sup> De certa forma, esta mulher é livre para ir onde quiser na ilha e fazer o que queira. De outra, é claro, ela não tem nenhuma liberdade. Se ela não quiser ser devorada, deverá dedicar-se todo o tempo a calcular todos os seus movimentos para evitar a fera. O que Raz levanta é que as vidas de muitas pessoas pobres são igualmente não autônomas. Elas devem cumprir condições internas de autonomia, ser capazes de fazer acordos, refletir sobre o que fazer e assim por diante. Mas nada disso conta, se de fato a luta por sobrevivência lhes dá apenas uma opção ruim ou um pequeno conjunto de opções (de várias formas) ruins.

Esta me parece a questão realmente importante levantada pela prostituição. Como o trabalho na indústria de frangos, esta não é uma opção que muitas mulheres elegem com entusiasmo, quando muitas outras opções se oferecem a elas.<sup>61</sup> Pode ser que não seja assim em uma cultura hipotética onde as prostitutas tenham proteção legal, dignidade e respeito, além do *status* de profissional habilitada, como as massoterapeutas.<sup>62</sup> Mas acontece hoje, na maioria das sociedades, dada a realidade do (embora irracional) estigma atribuído à prostituição. Porém, o importante é perceber que esta não é uma questão que nos permita enfocar a prostituição isolando-a da situação econômica das mulheres na sociedade de um modo geral. Certamente, isto não será melhorado pela criminalização da prostituição, que reduz ainda mais as opções das mulheres pobres. Devemos admitir que mulheres pobres não possuem opções suficientes e que a sociedade tem sido injusta para com elas ao não ampliar as opções, respeitando e honrando, contudo, as escolhas que elas, de fato, fazem em circunstâncias reduzidas.

Como esta situação poderia ser melhorada? Neste ponto existem algumas medidas que foram adotadas na Índia, onde a prostituição é uma última opção muito comum para as mulheres a quem faltam outras oportunidades de emprego. Primeiro, tanto governos como grupos privados enfatizaram a educação para mulheres, para muni-las de habilidades que irão aumentar suas opções. Um grupo que visitei recentemente em Bombaim concentra suas atividades na capacitação de filhas de prostitutas, que correm grandes riscos de tornarem-se também prostitutas, a menos que alguma ação amplie suas opções. Em segundo lugar, organizações não-governamentais têm-se concentrado no fornecimento de crédito para mulheres, de modo a ampliar suas opções de emprego e dar-lhes uma chance de se promoverem no seu emprego. Um destes projetos, que com justiça ganhou renome internacional, é a Associação de Mulheres Autônomas (AMA), com sede em Ahmedabad, em Gujerat, que provê empréstimos para mulheres que buscam uma variedade de ocupações no setor informal,<sup>63</sup> de costureira a vendedora ambulante, enroladora de cigarros e trabalhadora agrícola.<sup>64</sup> Com os empréstimos, elas podem comprar por atacado, recuperar seus animais ou equipamentos e assim por diante. Elas também conseguem capacitar-se e, muitas vezes, têm a chance de assumir papéis de liderança na própria organização. Estas mulheres têm muito menor probabilidade de precisar apelar à prostituição para suplementar sua renda. Em terceiro lugar, pode-se formar organizações de trabalho para proteger as mulheres empregadas em atividades de baixa remuneração e para negociar por melhores condições de trabalho – mais uma vez, transformando este trabalho em uma fonte melhor de renda e diminuindo a probabilidade de que a prostituição tenha de ser eleita. (Este é o outro grande objetivo da AMA, que agora está organizando vendedoras ambulantes internacionalmente.) Em quarto lugar, pode-se formar grupos para diminuir o isolamento e elevar a auto-estima das mulheres trabalhadoras em atividades de baixa remuneração. Esta é uma característica ubíqua tanto de programas governamentais como não-governamentais que visitei na Índia e um elemento crucial para ajudar as mulheres a deliberarem sobre suas opções se quiserem evitar a prostituição para elas mesmas e para suas filhas.

Esses quatro passos são, penso eu, a chave para abordar o problema da prostituição. Filósofas feministas não falam muito sobre crédito e emprego<sup>65</sup>, deveriam falar mais. Na verdade, parece um beco sem saída falar da prostituição de forma isolada das outras realidades da vida trabalhadora da qual ela faz parte, e suspeita-se que isto tenha acontecido porque prostituição é um assunto atraente, enquanto conseguir empréstimo para uma máquina de costura parece não ser. Mas as filósofas fariam melhor falando sobre conseguir empréstimos, aprender a ler etc., se quiserem ser relevantes para as escolhas com que se defrontam realmente as mulheres trabalhadoras e para os programas que estão de fato fazendo muito para melhorar tais opções.

## VI

O estigma tradicionalmente atribuído à prostituição é baseado em uma mistura de crenças muitas das quais não são racionalmente justificáveis e que deveriam ser veementemente rejeitadas pelas feministas: crenças sobre o caráter maligno da sexualidade feminina, o caráter ávido da sexualidade masculina, o caráter essencialmente marital e reprodutivo das “boas” mulheres e do sexo “virtuoso”. As preocupações sobre subordinação mais recentemente levantadas por feministas são muito mais sérias, mas aplicam-se a muitos tipos de trabalho desempenhados por mulheres pobres. Preocupações sobre o uso da força e de aliciamento fraudulento devem ser preocupações extremamente urgentes do movimento internacional de mulheres. Onde estas condições não sejam alcançadas, as feministas deveriam encarar as prostitutas como (geralmente) mulheres trabalhadoras pobres com poucas opções, não como ameaças à parceria e comprometimento que muitas mulheres e homens procuram (incluindo, sem dúvida, muitas prostitutas). Isto não significa que não devemos preocupar-nos com as formas em que a prostituição, como é praticada atualmente, mesmo na ausência de força e de fraude, mina a dignidade das mulheres, assim como o trabalho doméstico no passado minava a dignidade dos membros de uma determinada raça ou classe social. Mas a resposta correta a este problema parece ser a ação para ampliar a autonomia econômica e a dignidade pessoal dos membros desta classe, não declarar fora da lei uma opção



que pode ser a única forma de sobrevivência de muitas mulheres pobres e estigmatizar ainda mais as mulheres que já se sustentam assim.

Ao aprofundar mais estas questões, deveríamos começar admitindo que nada existe de errado com o fato em si de ganhar dinheiro com o uso do próprio corpo. Que este é o modo como vive a maioria de nós e que o reconhecimento deste fato através de um contrato é geralmente uma coisa positiva para as pessoas, garantindo sua segurança e condições de trabalho. O que parece errado é que relativamente poucas pessoas no mundo têm a opção de usar seu corpo, em seu trabalho, de uma forma que Marx chamaria de “verdadeiramente humana”, que significa (entre outras coisas) ter algumas escolhas em relação ao trabalho a desenvolver, algum grau de controle sobre suas condições e resultado e também a chance de utilizar o raciocínio e habilidades, em vez de funcionar simplesmente como uma engrenagem em uma máquina. As mulheres, em muitas partes do mundo, são especialmente vulneráveis a serem presas a alguma atividade mecânica de baixo nível, seja como trabalhadoras na agricultura, como operárias ou prostitutas. A questão chave a ser enfrentada é a de como expandir as opções e oportunidades de que tais trabalhadoras dispõem, como ampliar a humanidade inerente ao seu trabalho e como garantir que trabalhadoras de todos os tipos sejam tratadas com dignidade. No aprofundamento destas questões, necessitamos, de resto, mais estudos sobre sindicatos de crédito para mulheres e menos estudos sobre prostituição.

- 1 Tanto a história como o extrato do trabalho crítico estão traduzidos do bengali por Kalpana Bardhan. Ver *Of Women, Outcasts, Peasants, and Rebels: A Selection of Bengali Short Stories* 157, 19 (tradução de BARDHAN, 1990). Bandyopadhyay (1908-56) foi um proeminente escritor bengalês dedicado aos temas da vida camponesa e dos conflitos de classe.
- 2 Mesmo os dualistas cartesianos – o que não sou – devem admitir que o exercício humano de habilidades mentais normalmente requer o uso de habilidades físicas. As mais tradicionais posições cristãs sobre a alma vão ainda mais longe; Aquinas, por exemplo, sustenta que almas separadas do corpo possuem apenas uma cognição confusa, sendo incapazes de reconhecer detalhes. Assim, minha declaração sobre professores pode ser aceita mesmo por aqueles que crêem na dualidade corpo e alma. [*Journal of Legal Studies*, vol. XXVII (Janeiro de 1988)] © 1998 pela Universidade de Chicago. Todos os direitos reservados.
- 3 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* I.x.b.25 (R.H.Campbell et al. Ed. 1981) (1776). Em outro trabalho (Adam Smith, *Lectures on Rhetoric and Belles Lettres* ii.230 (J.C. Bryce ed. 1983), Smith destaca que, na Grécia Antiga, atuar era “tão louvável quanto hoje é deplorável”.
- 4 Ele expressa a visão de que os talentos relevantes não são tão raros e que, quando o estigma for removido, muito mais pessoas irão competir pelos empregos, derrubando os salários. Isto certamente é uma verdade, hoje, em relação à profissão de ator, mas não é o que ocorre com a ópera onde “a raridade e a beleza dos talentos” permanece, no mínimo, um fator dominante.
- 5 Estes argumentos têm sido freqüentemente utilizados no teatro. Foram usados, por exemplo, em uma companhia de atores da qual eu era membro, com o objetivo de persuadir os atores a relaxar seu piso salarial (fixado por sindicato) para os proprietários. Isto é muito comum no teatro, onde o sindicato é fraco, e os atores estão tão ansiosos por emprego que se tornam vulneráveis a tais argumentos.
- 6 O contrato típico entre as principais orquestras sinfônicas dos Estados Unidos e o sindicato dos músicos, por exemplo, garante emprego anual para os músicos sinfônicos, ainda que não toquem todo o ano. Isto lhes possibilita utilizarem os meses de verão para tocar em locais que pagam menos ou em arranjos experimentais em que podem executar música contemporânea, música de câmara, fazer solos ou concertos e assim por diante. O contrato também restringe as horas de ensaio e de execução durante a temporada de apresentações, permitindo aos músicos tempo para ensinar e freqüentar aulas, fazer música de câmara com amigos e enriquecer seu trabalho de outras formas. O contrato regula também as audições ocultas (isto é, quando os músicos tocam detrás da cortina) – o que resultou no aumento considerável do emprego de mulheres músicas ao longo dos últimos 20 anos, desde que a prática foi instituída.
- 7 Ver Elizabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics* (1993); Elizabeth Anderson, *Is Women's Labor a Commodity?* 19 Phil. & Pub. Aff. 71 (1990); Margaret Jane Radin, *Contested Commodities: The Trouble with the Trade in Sex, Children, Bodily Parts, and Other Things* (1996); Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 Harv. L. Rev. 1849 (1987); Cass R. Sunstein, *Neutrality in Constitutional Law: With Special Reference to Pornography, Abortion and Surrogacy*, 92 Colum. L. Rev. 1 (1992); Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution* 257-90 (1993). Para comparar perspectivas feministas sobre a questão geral de contrato, ver Jean Hampton, *Feminist Contractarianism*, in *A Mind of One's Own: Feminist Essays on Reason and Objectivity* 227-55 (Louise Antony & Charlotte Witt eds. 1993); Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family* (1989).
- 8 Utilizarei o termo “prostituição” e “prostituta” em todo o artigo por serem usuais. No entanto, hoje, várias organizações de mulheres evitam estes termos por razões relacionadas

com as aqui apresentadas, preferindo usar o termo "profissionais do sexo". Para um exemplo recente, ver *Reproductive Health in Developing Countries: Expanding Dimensions, Building Solutions* 30 (Amy O. Tsui, Judith Wasserheit & John G. Haaga eds., relatório do Painel sobre Saúde Reprodutiva, National Research Council (1997), enfatizando a ampla variedade de práticas denominadas "sexo comercial" e sustentando que alguns estudos apontam as dificuldades econômicas como o principal fator indutor, embora não o único.

- 9 Entre os debates feministas sobre a prostituição, minha abordagem aproxima-se da de Sibyl Schwarzenbach, *Contractarians and Feminists Debate Prostitution*, 18 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 103-29 (1990-91), e daquela de Laurie Shrage, *Prostitution and the Case for Decriminalization*, *Dissent* Spring 1996, 41-45 (onde Shrage critica seu ponto de vista anterior expresso em *Should Feminists Oppose Prostitution?* 99 *Ética* 347 (1989)).
- 10 Para dar apenas um exemplo, o projeto *Annapurna Mahila Mandel*, em Bombaim, oferece capacitação para o trabalho e educação em um internato para filhas de prostitutas. Eles relatam que em 5 anos conseguiram casamentos respeitáveis para 100 destas meninas.
- 11 ARISTÓTELES, *Politics* VII.9-10.
- 12 Pode-se encontrar evidência disto nas atitudes mostradas pelas personagens nos diálogos platônicos, tais como *Apologia*, *Protágoras* e *Gorgias*.
- 13 Tirei proveito aqui da leitura de um trabalho não publicado de Dan Klerman, *Slavery, Simoni and Sex: An Intellectual History of the Limits of Monetary Relations* (manuscrito inédito, Univ. Chicago, Março 30, 1990).
- 14 EDITH WHARTON, *The House of Mirth* 86-87 (Signet Classics ed. 1964)
- 15 Ou aqueles apoiados por ordens religiosas.
- 16 Elizabeth Billington, que cantou na ópera *Artaxerxes*, de Thomas Arnes, em Londres em 1762, foi forçada a deixar a Inglaterra devido às críticas sobre sua moral. Ela terminou sua carreira na Itália. Outra das primeiras divas foi Maria Catalani, que cantou para Handel (morto em 1759), por exemplo, em *Sansão*. Na época da publicação de *A Riqueza das Nações*, as cantoras haviam progredido muito em substituir os *castrati*, que deixaram de ser criados, desde então. Para as atitudes de Smith com relação ao corpo feminino, ver Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments* I.ii.1.3 (D. D. Raphael & A. L. Macfie eds. 1984) (6ª ed. 1781), onde ele declara que, tão logo a paixão sexual seja satisfeita, ela dá lugar à aversão e nos leva a querer fugir da pessoa que é seu objeto, a menos que um sentimento moral mais elevado preserve nosso apreço por (certas qualidades da) pessoa: "Depois que jantamos, pedimos que a louça seja retirada; e deveríamos tratar de mesma maneira os objetos dos desejos mais ardentes e apaixonados, se eles forem os objetos de nenhuma outra paixão que não as que têm origem no corpo". Smith foi um solteirão, que viveu a maior parte de sua vida com a mãe e não teve nenhuma relação duradoura com mulheres.
- 17 Aspasia era uma mulher instruída e realizada que denotava ter opiniões filosóficas e políticas. Diz-se que ela ensinava retórica e que mantinha conversações com Sócrates. Ela não podia desempenhar nenhuma das funções de um cidadão, tanto por causa de seu sexo, como por ser estrangeira. Por outro lado, seu filho Péricles foi mais tarde legitimado e tornou-se general. Recentemente, colocou-se em dúvida que Aspasia tenha sido de fato uma *hetaira* e alguns acadêmicos, hoje, a consideram uma estrangeira de boa família. Mas outras *hetairai* na Grécia possuíam boa educação e sólidas condições financeiras. As duas mulheres registradas como estudantes na academia de Platão eram ambas *hetairai*, assim como a maioria das mulheres declaradas discípulas de Epicuro, inclusive uma que parece ter sido uma abastada doadora.

- 18 Ver Martha Nussbaum, *Religion and Women's Human Rights, in Religion and Contemporary Liberalism* 93-137 (Paul Weithman ed. 1997).
- 19 Ainda que esta profissão, do modo como foi descrita, seja hipotética, escolas de medicina de fito empregam "modelos" para ensinar aos estudantes como realizar exames pélvicos e outros exames internos: nota 27 *infra*.
- 20 Contudo, ir ao trabalho regularmente, trabalhar um certo número de horas a cada dia, é, provavelmente, uma habilidade desenvolvida.
- 21 Considere-se, por exemplo, o caso de Jayamma, uma operária de olaria em Trivandrum, Kerala, na Índia (discutido por Leela Gulati, *Profiles of Female Poverty* 35-62 (1981)), que encontrei em 21 de março de 1997, quando tinha aproximadamente 65 anos de idade. Por cerca de 40 anos, Jayamma trabalhou como carregadora de tijolos na olaria, carregando pesadas cargas de tijolos em sua cabeça, durante todo o dia, de um lugar para outro. Apesar de sua força, adequação e confiança, ela nunca pôde ser promovida naquele trabalho, por ser do sexo feminino, ao passo que homens eram rapidamente promovidos a tarefas que demandavam menos esforço físico e pagavam melhor, como a de moldagem dos tijolos e carregamento de caminhão.
- 22 De fato, esta parece ser uma característica ubíqua: na Índia, a marca da "intocabilidade" é o desempenho de certas atividades de limpeza, especialmente aquelas relacionadas com as áreas sanitárias. O desafio de Mahatma Gandhi à casta manifestava-se no desempenho destes serviços domésticos.
- 23 Isto não significa que exista uma coisa, prazer, que elas produzem, que varie apenas em quantidade. Como Mill (e Platão e Aristóteles), penso que os prazeres diferem em qualidade, não apenas em quantidade.
- 24 Este ponto me foi sugerido por Elizabeth Schreiber. Não estou segura de endossá-lo: tudo depende de se realmente queremos dizer que o sexo tem um objetivo maior. Da mesma forma que teria sido correto, em épocas anteriores, ser cética em relação à idéia de que o sexo envolvido na prostituição era "torpe", porque não tinha finalidade reprodutiva, talvez seja conveniente ser cética, hoje, em relação à idéia de que o sexo envolvido na prostituição é "torpe", porque não envolve intimidade. Certamente, a falta de intimidade ocorre em muitas relações sexuais não comerciais e é, às vezes, desejável.
- 25 Assim a *Kama Sutra*, com suas instruções detalhadas para *performances* habilidosamente preparadas, parece à maioria dos leitores ocidentais como algo cômico, uma vez que a prevalência do ideal romântico do sexo natural faz parecer que o artifício lhe quita a sensualidade.
- 26 Podemos considerar também o exemplo de um competente escritor, que trabalha redigindo anúncios.
- 27 Ver Terri Kapsalis, *Public Privates: Performing Gynecology from Both Ends of the Speculum* (1997); Terri Kapsalis, *In Print: Backstage at the Pelvic Theater*. Chi. Reader, 18 de abril de 1997, 46. Enquanto cursava artes cênicas em Northwestern, Kapsalis sustentava-se como "associada do ensino de ginecologia", servindo como paciente modelo para estudantes de medicina que estavam aprendendo a realizar exames pélvicos e dos seios.
- 28 O mesmo vale para penetração vaginal, de acordo com Kapsalis: ela diz que a natureza clínica do procedimento mais do que compensa a "aversão da sociedade para com a sexualidade feminina" (Kapsalis, *In Print*, nota *supra* n. 27, 46).
- 29 N.T. – Sistema usado em algumas sociedades muçulmanas e hindus no qual as mulheres vivem em parte separada da casa ou cobrem a face de modo que os homens não possam vê-las.
- 30 Alain Corbin, *Women for Hire: Prostitution and Sexuality in France after 1850* (trad. para o inglês de Alan Sheridan, 1990).

- 31 *Id.*, 29. Opiniões representativas dos autores do regulamentarismo incluem a opinião de que "sensualidade é uma febre dos sentidos levada ao ponto do delírio; leva à prostituição (ou à morte precoce...)" e que "existem duas irmãs naturais no mundo: a prostituição e a perturbação da ordem pública" (*id.*, 373).
- 32 Agostinho, *De ordine* 2.4.12
- 33 Para uma discussão mais ampla sobre a relação entre prostituição e as várias modalidades de casamento, ver Richard A. Posner, *Sex and Reason* 130-33 (1992).
- 34 Sukanya Hantrakul, *Thai Women: Male Chauvinism à la Thai Nation*, 16 de Novembro de 1992, citado com discussão adicional em *A Modern Form of Slavery: Trafficking of Burmese Women and Girls into Brothels in Thailand* (Projeto Asia Watch Women's Rights 1993).
- 35 Ver *A Modern Form of Slavery: The Human Rights Watch Global Report on Women's Human Rights* 196-273, esp. 270-73 (1995). Os instrumentos internacionais de direitos humanos pertinentes adotam a mesma abordagem, incluindo a Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção pela Supressão do Tráfico de Pessoas e a Exploração da Prostituição de Outros.
- 36 *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984).
- 37 Em Paris, Dr. Clerc gabava-se de que podia examinar uma mulher a cada 30 segundos e estimava que um único profissional via 400 mulheres em um período de 24 horas. Outro profissional estimava que o número médio de pacientes por hora era de 52. Ver Corbin, nota *supra* 29, 90.
- 38 Para uma perspectiva mais pessimista de controles de saúde, ver Posner, nota *supra* 32, 209, apontando que eles freqüentemente tiveram o efeito de levar as prostitutas para o mercado ilegal.
- 39 Ver Richard A. Posner, *Private Choices in Public Health: The AIDS Epidemic in an Economic Perspective* 149 (1993), com referências.
- 40 Ver *A Modern Form of Slavery: The Human Rights Watch Global Report on Women's Human Rights*, nota *supra* 34, 1-7.
- 41 Ver E. Anderson, *Value in Ethics and Economics*, nota *supra* 7, 156: "Suas ações sob o contrato expressam não as avaliações dela própria, mas a vontade do seu cliente".
- 42 Isto é crucial no pensamento que sustenta a "abordagem das capacidades" para o qual contribuí em *Women, Culture and Development* (M. Nussbaum & J. Glover eds. 1995) e outras publicações. Para as relações entre esta abordagem e o uso de Aristóteles por Marx, ver, de minha autoria, *Aristotle on Human Nature and the Foundations of Ethics*, in *World, Mind and Ethics: Essays on the Philosophy Bernard Williams* (J.E.J Altham & R. Harrison eds. 1993).
- 43 Feito freqüentemente por meus alunos, não necessariamente para apoiar a criminalização.
- 44 Ver Anderson, *Value in Ethics and Economics*, nota *supra* 7, 150-58; Anderson recua de um apelo claro pela criminalização, concluindo que seus argumentos "estabelecem a legitimidade de um interesse de estado em proibir a prostituição, mas não um julgamento conclusivo para a proibição", dada a pobreza de oportunidades para as mulheres trabalhadoras.
- 45 Ver K. J. Dover, *Greek Homosexuality* (2ª ed. 1978); e David Halperin, *The Democratic Body*, in *One Hundred Years of Homosexuality and Other Essays* (1990). Os clientes eram todos homens, mas prostitutas eram tanto homens como mulheres. São incertas as evidências de que a prostituição tivesse financiamento público, uma vez que derivam do teatro cômico, mas é certo que a prostituição de homens e mulheres gozava de amplo apoio e aprovação públicos.

- 46 Para um ponto de vista similar, ver Radin, *Market-Inalienability*, nota *supra* 7, 1921-25; e Radin, *Contested Commodities*, nota *supra* 7, 132-36. Anderson refere-se a esta afirmação de Radin, supostamente como fonte de sua relutância em apelar abertamente pela criminalização.
- 47 No entanto, eu não iria tão longe como John Rawls, no sentido de deixar que o mercado determine nossas opções culturais. Ele se opõe a qualquer subsídio estatal a companhias de ópera, orquestras sinfônicas, museus etc., por considerar que isto apoiaria uma determinada concepção de utilidade, em detrimento de outras. Acredito que poderíamos defender estes subsídios, dentro de limites, por seu valor na preservação de uma opção cultural valiosa que, de outro modo, poderia desaparecer. Evidentemente, em seu todo, esta questão requer muito mais discussão.
- 48 Ver Radin, *Contested Commodities*, nota *supra* 7; e Anderson, nota *supra* 7, 156: "A prostituta, ao vender sua sexualidade a um homem, aliena a ele um bem intrínseco ao seu ser e, assim, submete-se ao seu controle".
- 49 Sobre este ponto, ver também Schwarzenbach, nota *supra* 9, com discussões sobre as idéias de Marx quanto à alienação.
- 50 Ver Richard Epstein, *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, 81 Va. L. Rev. 2305-41, 2327 (1995).
- 51 Além do mais, o *Uniform Commercial Code* não cobre a venda de serviços, e a prostituição deve ser classificada como serviço, não como venda de mercadorias.
- 52 Sabe-se que estas idéias são em grande parte responsáveis pela dificuldade em conseguir que os jovens, especialmente mulheres jovens, utilizem métodos contraceptivos.
- 53 Ver Shrage, nota *supra* 9; Andrea Dworkin, *Prostitution and Male Supremacy*, in *Life and Death* (1997).
- 54 Uma análise eloqüente desta última concepção, com referência ao trabalho de Freud (que a endossa), é encontrada em William Miller, *The Anatomy of Disgust*, ch. 6 (1997).
- 55 O Ato de Proibição do Dote de 1961 torna ilegal tanto conceder quanto receber um dote. Em Bangladesh, requerer, receber e conceder dotes são considerados crimes: ver Nussbaum, nota *supra* 18.
- 56 É extremamente difícil estimar o número de mulheres feridas e mortas como resultado desta prática. É evidente que, na Índia, um grande número de ofensas criminais não são registradas, assim como a violência doméstica, e este problema torna difícil qualquer estimativa confiável dos números envolvidos. Ver Indira Jaising, *Justice for Women* (1996); e Nussbaum, nota *supra* 18.
- 57 Ver Amartya Sen & Jean Drèze, *Hunger and Public Action* 52 & ch. 1 (1989). Kerala, o único estado indiano a possuir tradição de propriedade matrilinear, também possui igual número de homens e mulheres (em contraste com uma razão de 94:100 em todos os demais) e 97 por cento de alfabetização tanto de homens como de mulheres, em contraste com 32 por cento de mulheres alfabetizadas nos demais.
- 58 Ver, por exemplo, *A Modern Form of Slavery: Trafficking of Burmese Women and Girls into Brothels in Thailand*, nota *supra* 33; *A Modern Form of Slavery: The Human Rights Watch Global Report on Women's Human Rights*, nota *supra* 34, 1273-296; *Human Rights are Women's Rights* 53-56 (1995).
- 59 Na Tailândia, ver *A Modern Form of Slavery: The Human Rights Watch Global Report on Women's Human Rights*, nota *supra* 34, 197.
- 60 Joseph Raz, *Morality and Freedom* 374 (1986).

61 Ver Posner, nota *supra* 32, 43, sobre a baixa incidência de prostituição na Suécia, mesmo não sendo ilegal. Sua explicação é a de que “as oportunidades para as mulheres no mercado de trabalho são provavelmente melhores lá do que em qualquer outro país”.

62 Ver Schwarzenbach, nota *supra* 9.

63 Uma proporção bastante elevada da força de trabalho na Índia está no setor informal.

64 A Associação de Mulheres Autônomas teve como primeira diretora Ela Bhatt, que agora está engajada em ações internacionais para promover as opções de emprego dos trabalhadores do setor informal. Para uma boa descrição do movimento, ver Kalima Rose, *Where Women Are Leaders: The SEWA Movement in India* (1995).

65 Ver sobre isto, Schwarzenbach, nota *supra* 9; e Shrage, nota *supra* 9. Também fui muito influenciada por Marta Chen, *A Quiet Revolution: Women in Transition In Rural Bangladesh* (1983); Marta Chen, *A Matter of Survival: Women's Right to Work in India and Bangladesh*, in Nussbaum & Glover, eds., nota *supra* 41; Bina Agarwal, *A Field of One's Own: Gender and Land Rights in South Asia* (1994); e Bina Agarwal, “Bargaining” and Gender Relations: Within and Beyond the Household, 3 *Feminist Econ.* 1-51 (1997).

\* Artigo traduzido por Regina Vargas ([regina@themis.org.br](mailto:regina@themis.org.br)) e publicado com autorização da autora. Originalmente em: NUSSBAUM, Martha C. “Whether from reason or prejudice”: Taking money for bodily services. In: *The Journal of Legal Studies*. Volume XXVII (2). The University of Chicago: June, 1998.

## ESTUPRO: QUE JUSTIÇA?

Joana Domingues Vargas

*"Aos que desejam, todavia, contribuir genuinamente para o debate exige-se o esforço de apropriação deste problema complexo, a garimpagem paciente dos dados disponíveis e sua depuração, pesquisa empírica que produz novos conhecimentos" Edmundo Campos Coelho*

**Introdução** Neste artigo abordo a perspectiva de justiça para o crime de estupro. Meu objetivo é investigar, por meio da quantificação da produção decisória do sistema de justiça criminal, qual tem sido o tratamento dado por este sistema ao estupro. Para tanto, focalizarei pesquisas nacionais e internacionais que trataram do tema, tomando por objeto o fluxo para o crime de estupro que elaboraram (ou que foi possível reconstituir a partir dos dados por elas apresentados). Meu intuito é verificar se há diferenças na quantificação destes fluxos ou se estes apresentam uma certa regularidade quando comparados entre países.

A produção brasileira sobre a aplicação da justiça para os crimes sexuais, sobretudo aquela referente aos estudos empíricos realizados sobre o tema, caracteriza-se pela escassez, por limitar a investigação a uma etapa do processamento penal e por um certo etnocentrismo, tendo em vista as pouquíssimas comparações efetuadas dos resultados aqui encontrados com aqueles obtidos em pesquisas realizadas em outros países. Como consequência, os padrões e as tendências aqui identifica-



dos têm sido interpretados como sendo singulares e muitas vezes atribuídos apenas à incapacidade e à ineficiência da nossa polícia e justiça de lidar com as demandas da sociedade.

Pretendo mostrar com este artigo as vantagens, para se avaliar a administração da justiça, de se privilegiar o fluxo da justiça criminal e de se proceder à comparação dos resultados obtidos em pesquisas empíricas realizadas em diferentes países. O propósito é oferecer alguma contribuição para o conhecimento da capacidade da justiça criminal brasileira em identificar, processar e punir agressões sexuais quando comparada à justiça criminal de outros países.

Mas antes, gostaria de prevenir o leitor de que, devido ao estágio em que se encontra a minha pesquisa, fonte deste artigo, a leitura dos dados apresentados tem caráter descritivo. E, em razão da exigüidade de espaço, as características dos agressores e das vítimas, das relações existentes entre eles e das ocorrências, bem como as variáveis apontadas nas várias pesquisas a influenciar os processos de decisão, serão tratadas em outra oportunidade

### *1. O Fluxo do Sistema de Justiça Criminal*

A forma mais adequada de investigarmos a resposta que a justiça criminal oferece aos eventos sexuais que foram submetidos à sua repressão é reconstituindo o fluxo de pessoas e procedimentos que atravessa as diferentes organizações que compõem este sistema – Polícia, Ministério Público, Varas Criminais, Tribunal de Apelação, Departamento Penitenciário.<sup>1</sup>

Esta reconstituição não é tarefa fácil. Nem mesmo quando realizada em países como os Estados Unidos que possuem, desde a década de 30, um sistema uniformizado de contabilidade das ocorrências criminais e da sua repressão, os *Uniform Crime Reporting* (UCR), integrando, em nível nacional, as estatísticas oficiais provenientes da polícia e da justiça.<sup>2</sup>

Um dos problemas que se coloca para a reconstituição do fluxo é a articulação das informações sobre o processamento dos casos e dos agressores de forma a garantir o seu acompanhamento e desfecho através do tempo. LaFree, em seu estudo sobre o tratamento dado ao estupro pela justiça criminal, chama atenção para este fato: "Em Indianápolis a polícia e as cortes atribuem números diferentes de identificação para os mesmos casos. Assim, o único jeito de combinar os dados da polícia com os das cortes consiste em comparar os conteúdos dos casos individuais. Em muitos casos, isto requer um simples emparelhamento dos nomes dos agressores nos dados da polícia e das cortes. Em se tratando de nomes comuns, é necessário comparar outras características do caso para garantir uma combinação acurada".<sup>3</sup>

O nome do acusado é, então, a chave de acesso à montagem do fluxo. Esta constatação nos é revelada também no estudo realizado em Montreal sobre o tratamento dado pelo judiciário aos crimes de estupro e no estudo sobre crimes sexuais e sistema de justiça que precedeu o presente trabalho.<sup>4</sup> O acompanhamento praticamente individualizado dos casos explica o caráter localizado da grande maioria dos estudos desta natureza, realizados a partir de bases de dados relativamente pequenas. A desarticulação das informações observada em diferentes países parece ser um forte indicador de uma certa autonomia organizacional de cada subsistema.<sup>5</sup>

Os estudos de fluxos para o estupro e outros crimes sexuais produzidos em diferentes países podem ser comparados apesar das diferenças nas tradições legais a que estes se referem, da diversidade nas instituições, regras e procedimentos existentes em seus sistemas de justiça ou, ainda, de suas práticas mais ou menos institucionalizadas, como, por exemplo, mecanismos de negociação como o *plea bargaining* no sistema americano e canadense ou de desqualificação como a *correctionnalisation* no sistema francês.<sup>6</sup> Tal comparação pode ser efetuada porque a maioria destes estudos privilegia mais ou menos os mesmos estágios de decisão, embora varie o ponto de observação escolhido pelo analista para proceder à sua reconstituição.

Começarei, então, apresentando os dados absolutos e as percentagens referentes às diferentes etapas de decisão, bem como a proporção dos casos que alcançam uma condenação em relação aos casos que deram entrada no sistema para todos os estudos, nacionais e internacionais, para, em seguida, cotejar os principais resultados encontrados.

Mas, antes de prosseguir, gostaria de lembrar alguns achados sobre o fluxo da justiça criminal em geral e dos crimes sexuais em particular que facilitam o entendimento do tema em foco:

- O fluxo da justiça criminal apresenta uma forma de funil. Inicia-se com um grande número de casos reportados à polícia e termina, depois de seleções sucessivas, com um pequeno número de casos sentenciados. Este efeito de funil é uma característica inerente aos sistemas de justiça criminal modernos e é válido para todos os tipos de ocorrências criminais.
- Se, de acordo com os códigos e com as atividades práticas dos operadores, para cada tipo de delito corresponde uma maneira singular de tratamento dos casos, pode se pensar que a natureza do delito intervém de maneira decisiva na configuração que o fluxo assume. Partindo deste pressuposto, a comparação entre fluxos de diferentes crimes é menos elucidativa do que aquela que se propõe a comparar crimes de mesma natureza, porém tratados por diferentes sistemas de justiça.
- Estudos sobre o funcionamento da justiça criminal realizados em diferentes países apontam ser sua intervenção marcada muito mais por uma ação reativa do que proativa.<sup>7</sup> No caso da repressão a crimes sexuais prevalece a primeira, ou seja, o sistema reage após ser acionado e só então passa a proceder à seleção e processamento dos casos e de seus autores (LaFree, 1989). No Brasil esta reação encontra-se também definida nos códigos, na natureza da ação penal. Isto é, em crime de estupro a decisão de acionar o sistema é de natureza privada. Cabe à vítima ou ao seu representante legal – exceção feita aos casos em que o agressor é o próprio pai ou o responsável legal da

vítima menor de 14 anos e àqueles que resultam em lesão grave ou morte, quando cabe ao promotor a incumbência de promover a ação independentemente da manifestação dos queixosos.

• Finalmente, nunca é demais lembrar que as informações produzidas pelo sistema de justiça criminal não são um indicador da ocorrência da criminalidade, mas antes da repressão exercida sobre ela por este sistema, pois ficam de fora desta contabilidade os casos que não foram levados ao conhecimento da polícia. É lugar comum afirmar que em crimes sexuais é alto o índice de casos em que as vítimas não apresentam denúncia, atribuído a um padrão de comportamento de grande parte das pessoas vitimadas - o silêncio ou a resolução do conflito no âmbito privado. Pesquisas de vitimização têm sido empregadas para inferir sobre a incidência destas modalidades de crimes e estimar a proporção dos casos que chegam às delegacias em relação àqueles que não são denunciados. Conforme veremos a seguir, um dos estudos apresentados inclui, no seu estudo de fluxo, dados de pesquisa de vitimização.<sup>8</sup> Estes informam a percentagem dos casos que dão entrada no sistema em relação àqueles assinalados, como também possibilitam estimar a proporção daqueles que resultam em condenação em relação aos relatados na vitimização.

*2. A administração da justiça no crime de estupro: a produção nacional* Em contraste com outros países, principalmente os de língua inglesa, o Brasil tem pouca tradição de estudos empíricos sobre a aplicação da Justiça. Só recentemente este quadro vem se modificando. A recomendação para o estudo do fluxo da justiça criminal a partir de dados quantitativos que o sistema produz foi aqui introduzida por Coelho, metodologicamente trabalhada no diagnóstico "Indicadores Sociais de Criminalidade" e aplicada em estudos sobre tribunal do júri e discriminação racial na justiça criminal.<sup>9</sup>

Na área dos estudos de gênero e justiça, são raros os trabalhos que seguem esta orientação metodológica. Os dados apresentados na grande maioria das pesquisas sobre o tratamento dado pela justiça criminal à violência contra a mulher, à violência doméstica e mais especificamente à violência sexual limitam-se a alguma fase do processamento penal, seja a policial,<sup>10</sup> seja a judicial.<sup>11</sup> Apenas recentemente algumas pesquisas centraram-se na reconstituição do fluxo da justiça criminal.<sup>12</sup>

O fluxo da justiça criminal para o estupro e outros crimes sexuais foi objeto de uma pesquisa por mim desenvolvida na Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) e nas Varas Criminais de Campinas. Interessada na constituição do crime sexual como fato jurídico, encontrei na análise de fluxo um excelente instrumental para quantificar a produção decisória, identificar as seleções e filtragens sucessivas e comparar os fatores determinantes das decisões em cada fase.

A base original dos dados desta pesquisa é constituída dos crimes de maior incidência nos Boletins de Ocorrência da DDM: 912 registros de estupro, tentativa de estupro, atentado violento ao pudor e sedução. O período abordado é de cinco anos, entre 1988, data de criação desta delegacia, e 1992, ano anterior ao início da pesquisa. Não foram utilizadas amostras, o conjunto de informações referentes a esses crimes foi coletado em todos os boletins, registros de inquéritos e fichas de processos. Para o presente trabalho, serão focados apenas os registros de estupro. Ao todo foram analisados 444 BOs de estupro e, a partir das informações ali obtidas, verificaram-se seus desdobramentos nos outros documentos. Foram atualizados os dados cujos desfechos, à época da pesquisa, não tinham ainda sua solução conhecida.

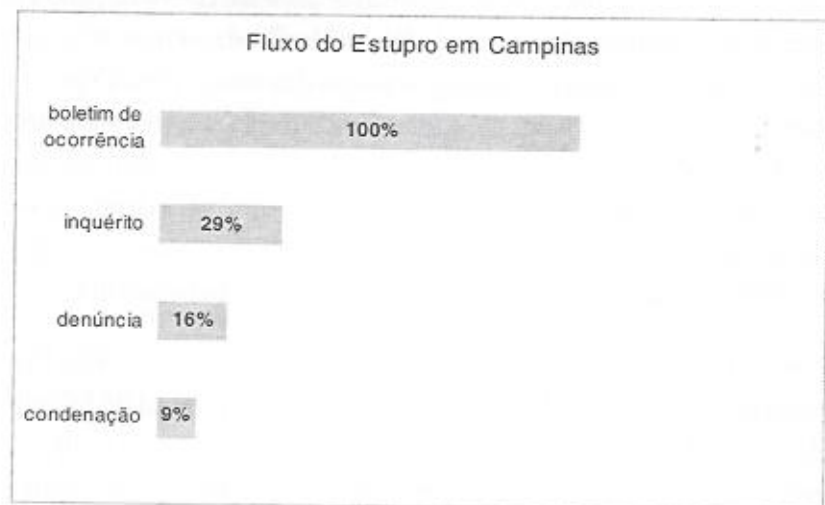
Na Delegacia de Defesa da Mulher de Campinas, como de resto em toda a Polícia Civil do Estado de São Paulo, o registro da ocorrência é feito em um formulário denominado Boletim de Ocorrência. Este é elaborado no momento em que a vítima ou a pessoa responsável pela queixa procura a delegacia ou é a ela encaminhada por policiais militares. No período estudado, foram registradas 444 queixas por estupro.

A instauração de um inquérito policial em caso de crime sexual resulta de um conjunto de decisões. A primeira delas ocorre com a identificação da ocorrência criminal pela autoridade policial, com base, inicialmente, nas informações dos boletins, no laudo de exame de corpo delito e, posteriormente, nos depoimentos dos envolvidos. O procedimento seguinte consiste em submeter a vítima e seu representante legal à decisão de iniciar a ação penal. Nas ocorrências em que não existem indícios suficientes de autoria, não é formulada a denúncia e a queixa acaba arquivada na delegacia. Dos 444 casos iniciais registrados em BOs, apenas 128 deles foram transformados em inquéritos.

A responsabilidade da ação penal que dá origem à denúncia é do Ministério Público, quando pública, e do representante legal do ofendido, quando privada. Vimos que, em crimes sexuais, salvo condições especiais, a ação é privada. No entanto, de acordo com o Código Penal, uma ação privada pode tornar-se pública, condicionada à manifestação da vítima ou de seu representante legal, através de representação, quando os queixosos alegarem não poder arcar com as custas do processo. Na prática observada na Delegacia, quase todas, senão todas as ações tornaram-se de iniciativa do Ministério Público. Portanto, a denúncia é o início do processo e nos 71 casos dos crimes em pauta, ela foi feita pelo promotor.

Recebida a denúncia, inicia-se a instrução criminal que consiste em vários ritos em que são ouvidos réus e testemunhas e em que se manifestam Ministério Público e defensor. Ao final, o juiz pronuncia-se através da sentença. Dos 71 casos denunciados 41 deles receberam sentença condenatória, 25 deles absolutória, em três casos o réu era revel e em dois casos não foi possível saber o desfecho. Nas sentenças de condenação ou de absolvição, cabe a apelação do promotor, do querelante, ou da defesa. Se aceita, os autos são julgados por um tribunal de segunda instância. De acordo com os dados levantados, em 24 casos houve apelação, em 7 casos a condenação foi mantida, em 10 casos ela foi diminuída. Um caso de condenação em primeira instância obteve absolvição na segunda, e outros dois de absolvição resultaram em condenação no Tribunal.

Gráfico 1 - Fluxo do Estupro em Campinas - SP



Conforme já previsto, o fluxo do estupro em Campinas inicia-se com uma grande base, para em seguida assumir a forma de um funil. O que mais chama atenção é a grande filtragem na fase policial, quando 71% dos BOs iniciais são arquivados. Uma segunda seleção ocorre antes da fase judicial. Nesta, prosseguem 55% dos inquéritos instaurados. 58% dos casos denunciados resultam em condenação, mas estes representam apenas 9% dos registros iniciais. Portanto verifica-se uma baixa probabilidade de condenação dos casos que deram entrada no sistema.

Por si só, os dados sobre a produção quantitativa das decisões nos mostram que a fase policial é a mais problemática na repressão aos crimes sexuais e que há uma muito baixa probabilidade de condenação nos casos que deram entrada no sistema (-10%). Portanto, pode-se concluir que a punição para este tipo de crime é bastante remota.

A dificuldade de passagem da queixa à constituição jurídica do crime e a impunidade em relação ao estupro são características próprias que devem ser atribuídas às nossas agências responsáveis pela repressão

a este crime? Para responder a esta pergunta, vou me valer dos dados apresentados em pesquisas realizadas em outros países e proceder a um exercício comparativo dos fluxos do estupro.

*3. A administração da justiça ao crime de estupro: pesquisas internacionais* Neste tópico, irei apresentar o fluxo da justiça para o crime de estupro no que se refere à quantificação dos processos decisórios reconstituído nas pesquisas internacionais. Meu intuito é mostrar como se distribui esta quantificação, descrever os procedimentos das diferentes fases de decisão e verificar a existência de regularidades na configuração destes fluxos.

Em meados da década de 70 - na esteira dos movimentos feministas, do interesse da criminologia pelo poder dos grupos dominantes na aplicação da lei e pelo processo de construção social do crime, em especial daquele desempenhado pelas agências de controle social - surgiram nos Estados Unidos as primeiras pesquisas buscando avaliar o tratamento dado pela justiça criminal ao estupro. O trabalho de LaFree inscreve-se neste contexto e permanece o estudo mais completo e importante sobre o tema.<sup>13</sup> Conforme o proposto, irei, a seguir, descrever a sua base de dados e apresentar o fluxo por ele reconstituído.

A base de dados deste estudo compõe-se de 881 casos de estupro reportados à polícia em Indianápolis, em 1970, 73 e 75 e de seus desfechos, bem como de casos coletados nas cortes de julho de 1978 a setembro de 1980, além de entrevistas com policiais, promotores, advogados, jurados e juízes que processaram os casos incluídos no estudo.

Os 881 casos iniciais de estupro referem-se aos registros dos oficiais despachados à cena, quando solicitados através de demanda ou reportados diretamente à polícia. Os 331 casos que resultaram em detenção referem-se àqueles que a polícia submeteu à investigação

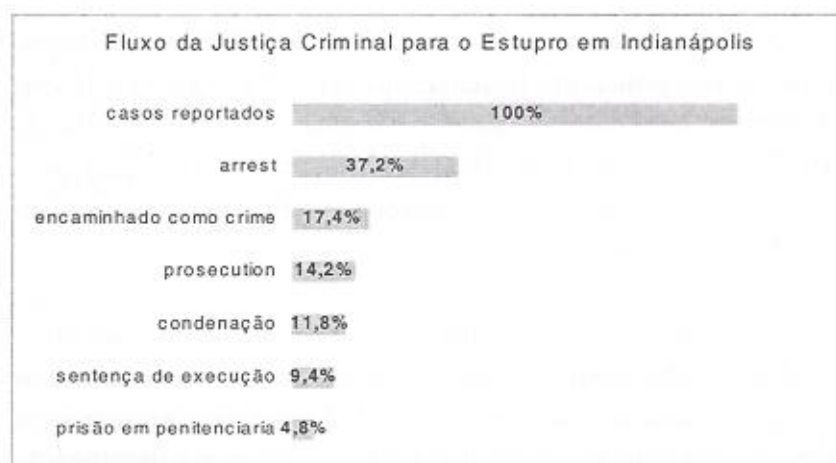


e nos quais decidiu apreender o suspeito. Os outros foram arquivados porque a queixa foi considerada infundada, ou o suspeito não foi identificado, ou, ainda, a vítima não quis cooperar na investigação. As detenções por ofensas potencialmente sérias são revistas por advogados da promotoria (*felony screener*) em consulta aos investigadores. Os advogados examinadores procuram verificar se há elementos de prova, a seriedade do caso e se a vítima vai testemunhar. Neste momento estes examinadores têm quatro opções:

1. arquivar por verificarem que não há evidências suficientes;
2. encaminhar para a corte municipal, quando consideram que a ofensa é menor ou que a vítima não irá testemunhar;
3. apresentar o caso ao *Grand Jury*, quando há problemas com evidências;
4. enviar diretamente para a Corte criminal, preservando a acusação inicial.

Após esta seleção, 153 casos foram encaminhados como crime (*felony*). Destes, 125 tiveram a sua denúncia (*prosecution*) feita, sendo que 74 casos resultaram em *guilty plea* e 50 foram julgados por tribunal. Em 104 casos o réu foi considerado culpado e em 83 casos foi decretada sentença de execução, em 42 casos esta teve que ser cumprida em penitenciária.

Gráfico 2 - Fluxo da Justiça Criminal para o Estupro em Indianápolis - EUA

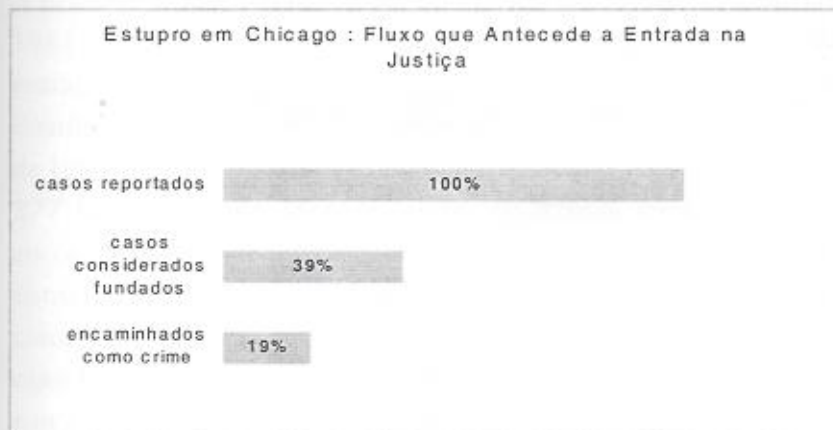


Observa-se que a maior filtragem ocorre na fase policial com o arquivamento de 62,8% dos casos iniciais e, posteriormente, com a não transformação em crime dos 53,4% dos *arrest*. O fluxo revela que, dos casos reportados inicialmente, apenas 11,8% obtiveram sentença de condenação e somente 4,8% obtiveram condenações mais sérias que resultaram na prisão em penitenciária

Resultados muito parecidos foram encontrados por Kestetter em seu estudo sobre o processamento dos crimes de estupro pela polícia e pela promotoria de Chicago, realizado a partir de duas bases de dados: uma delas levantada em 1979 e a outra em 1981. Esta última montada a partir da amostra de ¼ de todos os registros de estupro daquele ano, bem como de entrevistas com detetives e promotores.<sup>14</sup>

Esta segunda pesquisa segue como orientação teórica a perspectiva instrumental que concede importância aos fatores relacionados a demandas de evidências e a conveniências administrativas e organizacionais. Ela concentra-se no estágio inicial do fluxo, mais exatamente nas decisões da polícia de considerar a queixa “fundada” e na decisão dos promotores de aceitar o julgamento da polícia e iniciar um processo formal contra o agressor. O fluxo até a fase de formalização do crime só foi reconstituído para o ano de 1981. Ele inicia-se com 671 casos reportados à polícia, segue com 266 casos considerados fundados (*founding*) por esta e 128 casos encaminhados pelos promotores como crime (*felony charge*).

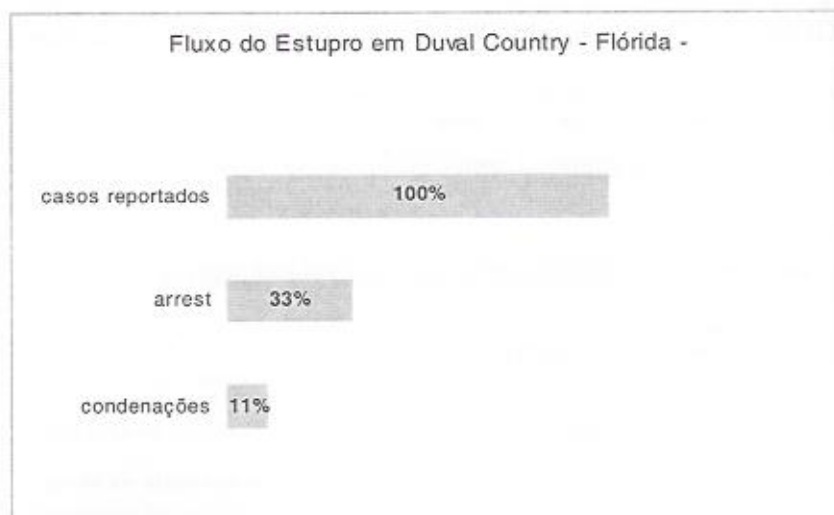
Gráfico 3 – Estupro em Chicago: Fluxo que Antecede a Entrada na Justiça



Assim, observa-se que se encontra aqui quase a mesma proporção de casos arquivados na fase policial (61%) e daqueles não transformados em crime (52%) encontrada no fluxo apresentado no estudo de LaFree.

Uma terceira pesquisa realizada na área médica por Gray-Eurom et al., em Duval County na Flórida, buscou verificar a associação entre evidências físicas e aquelas presentes no histórico do exame médico com o resultado judicial dos casos de estupro. A base de dados refere-se a um período de dois anos, entre 1993 e 1995 em que 821 casos de estupro foram reportados à polícia com 801 exames forenses realizados. Dos 271 casos em que foi feito *arrest*, 153 tiveram sua acusação derrubada, 89 obtiveram sentença de condenação, 2 de absolvição e 27 casos permanecem sem definição.<sup>15</sup>

Gráfico 4 – Fluxo do estupro em Duval Country - Flórida - EUA



Vê-se, aqui também, que as percentagens destas três fases decisórias aproximam-se muito daquelas apresentadas por LaFree.

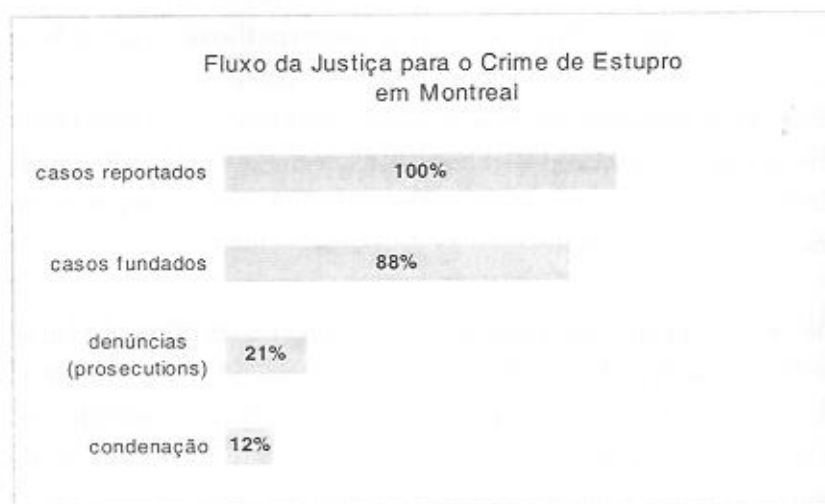
Pode-se dizer que configurações que assumem os fluxos ou certas fases do fluxo para os crimes de estupro apresentadas nestas pesquisas sugerem uma certa estabilidade na quantificação das decisões referentes a estes crimes nos Estados Unidos, mesmo considerando o tempo decorrido entre o levantamento das diferentes bases de dados (praticamente vinte anos entre esta última pesquisa e a de Indianápolis).

Observa-se, a partir destas configurações, que a grande filtragem (mais de 60%) ocorre na fase policial, que este processo seletivo é completado na fase de constituição formal do crime, levada a cabo por promotores com a colaboração da polícia, e que uma baixa proporção de casos iniciais (11%) recebem sentença de condenação.

Em um estudo realizado em Montreal, no Canadá, Keller analisa a prática penal e a eficácia do sistema de justiça criminal na repressão ao crime de estupro comparando-as aos discursos legais e feministas sobre este crime. Embora situe a sua observação na fase judiciária, feita a partir de 67 processos de estupro instaurados no Distrito de Montreal em 1980, o autor nos mostra o processo de triagem a partir da unificação de diferentes bases de dados.<sup>16</sup>

A primeira base - a pesquisa de vitimização canadense realizada em 1982 - revela que apenas 38% das ocorrências de agressão sexual dão entrada no sistema de justiça criminal. A segunda base retirada das estatísticas publicadas pela polícia da comunidade de Montreal no ano de 1980 computa 315 casos de estupros reportados à polícia, dos quais 277 foram considerados de queixas fundadas. 67 casos foram encontrados na terceira base referente às queixas denunciadas, quando entram em cena os procuradores e inicia-se a fase judicial. Destes, 39 casos resultaram em condenação, 23 deles por *plea bargaining* e 11 casos terminaram em absolvição, dois tiveram desfechos desconhecidos e os 15 restantes foram arquivados.

Gráfico 5 – Fluxo da Justiça para o Crime de Estupro em Montreal - Canadá

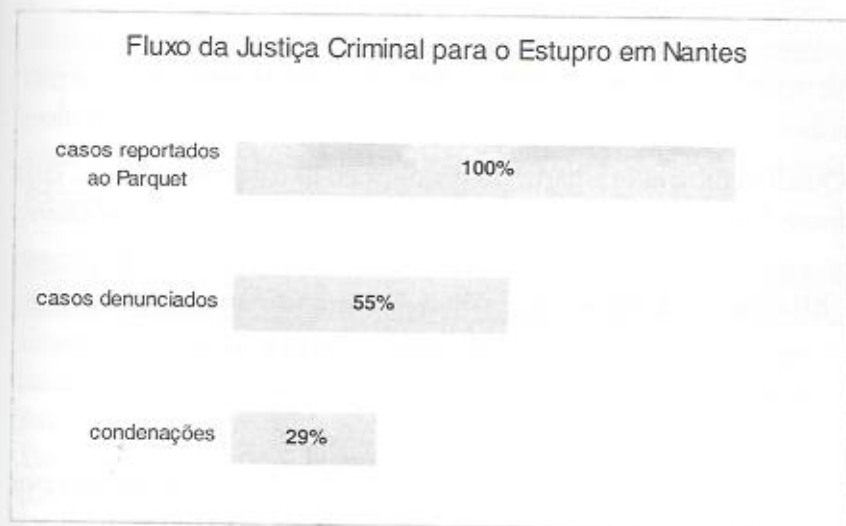


Esta pesquisa mostra que o grande filtro em relação ao crime de estupro localiza-se antes da entrada no sistema, pois 62% das vítimas decidiram não reportar a agressão sexual sofrida à polícia. A maior diferença em relação aos fluxos apresentados nas pesquisas realizadas nos Estados Unidos encontra-se na proporção dos casos reportados em relação àqueles considerados fundados. De qualquer modo, a grande seleção dentro do sistema ainda acontece antes da entrada na fase judiciária e, se seguirmos comparando os fluxos, observa-se que esta diferença diminui consideravelmente quando se focaliza o momento de entrada na fase judicial e desaparece quando se considera a proporção dos casos que recebem condenação em relação àqueles que deram entrada no sistema de justiça. Podemos presumir, levando-se em conta que 34% das ocorrências tornam-se queixas na polícia, que esta proporção em relação às ocorrências aferidas pela pesquisa de vitimização seria de 4%.

Na França, uma pesquisa realizada por Bordeaux *et al.* (1990) sobre a prática judiciária com respeito à repressão aos crimes sexuais em Nantes e o diagnóstico elaborado pelo CESDIP (1995) sobre a situação da delinquência sexual naquele país permitiram a reconstituição do fluxo da justiça criminal para o estupro de modo a torná-lo comparável aos resultados até agora encontrados.<sup>17</sup>

O ponto de observação da pesquisa de Nantes situa-se no Ministério Público (*Parquet*).<sup>18</sup> E, ao contrário do estudo canadense, os autores não se propuseram a reconstituir o processo anterior de filtragem. A base de dados deste estudo com respeito ao estupro compõe-se de 213 casos registrados no *Parquet* entre 1976 e 1984. Esses foram submetidos à seguinte triagem: 96 (45%) foram arquivados por insuficiência de provas, por não identificação do suspeito, ou por fatos não suficientemente constituídos. Já os outros 117 casos tiveram prosseguimento na justiça e foram assim classificados: 64 casos foram considerados crimes, encaminhados a um juiz de instrução e enviados ao tribunal de júri (*Cour D'Assises*), que decretou condenação em 62 casos. Os outros 53 casos foram desclassificados como crime de estupro, classificados como delitos e enviados ao Tribunal Correccional.

Gráfico 6 – Fluxo da Justiça Criminal para o Estupro em Nantes - França



Já o diagnóstico traz uma análise descritiva das estatísticas policiais, judiciárias e penitenciárias sobre os crimes sexuais para a França como um todo, mas deixa de fora as estatísticas do Ministério Público por considerá-las não adequadas no que diz respeito à natureza da infração. Dados sobre os fatos constatados pela polícia e sobre as condenações

entre 1984 e 1992 foram então selecionados neste diagnóstico de modo a permitir a reconstituição destas fases do fluxo e inferir o número de casos reportados à polícia que não constam do outro estudo.

Ano	Estupros constatados	Condenações	Condenações/Constatações %
1984	2859	563	19,7
1985	2823	618	22
1986	2937	619	21
1987	3196	574	18
1988	3776	624	16,5
1989	4342	677	15,6
1990	4582	729	16
1991	5068	913	18
1992	5356	892	16,7

Quadro construído a partir do diagnóstico de Tournier, op. cit., cuja fonte é: *ministère de l'intérieur et statistique issue du casier judiciaire*.

Minimum	Maximum	Mean	Std. Deviation	Variance
15,6	22	18,16667	2,273213584	5,1675

No trabalho de Nantes, a proporção de condenação em relação aos casos iniciados no Ministério Público é de 29%. Contudo, tomando por referência os dados do diagnóstico, podemos aventar que, em relação aos casos constatados na polícia, esta proporção apresenta-se com uma média de 18%. Partindo desta proporção, podemos estimar em 344 o número de casos constatados em Nantes e em 34% a proporção dos que dão entrada na justiça em relação aos casos constatados. Em comparação com os estudos anteriores, verifica-se que ambas as proporções apresentam-se maiores.

Gráfico 7 – Fluxo Hipotético do Estupro em Nantes - França



Contudo, é necessário lembrar que o ponto de partida do fluxo reconstituído a partir dos dados do diagnóstico foi os casos constatados e não os registros de “main-courante” elaborados pelos serviços de polícia francesa, antes de se dar início a uma investigação. Os estudos aqui apresentados mostram que este é um momento importante de seleção.

Harris & Grace realizaram uma pesquisa para buscar explicar o declínio das sentenças de condenações para os casos de estupro na década de 90 na Inglaterra e Gales ocorrido apesar de várias iniciativas da justiça criminal, como, por exemplo, a de tornar a polícia mais receptiva às vítimas, e das mudanças ocorridas na legislação. Para tanto se valeram de um estudo realizado anteriormente com dados de 1985 e de uma base de dados que traça o progresso na justiça de uma amostra de 483 casos inicialmente registrados na polícia por estupro em 1996, representando a área metropolitana, urbana e rural.<sup>19</sup>

Para o fluxo de 1996 verifica-se que 362 dos casos inicialmente reportados foram considerados fundados (*crimed cases*). Em 309 casos foi possível identificar o agressor (*detected cases*) e em 150 houve



o indiciamento pela polícia (*defendant charged*). Estes foram então transmitidos aos agentes da promotoria (*Crown Prosecution Service*) que em 111 casos identificaram a existência de evidências suficientes e o interesse público de se proceder à acusação.<sup>20</sup> Todos esses casos seguiram para a corte de magistrados (*magistrates' court*). Ali foram finalizados os casos desclassificados para uma ofensa menor e arquivadas as acusações de natureza não sexual, enquanto os outros 101 seguiram para ser julgados pela *Crown Court*. 63 casos receberam sentenças de condenação, sendo que em 29 casos esta foi por estupro.

Em comparação com outros estudos apresentados, observa-se, assim como no fluxo de Montreal, uma menor filtragem na fase policial de seleção dos casos fundados. Já a proporção dos casos que são denunciados e que, portanto, entram na fase judiciária não se diferencia muito da maioria dos outros estudos apresentados. Contudo, o que chama atenção neste fluxo é a baixa proporção de condenações em relação aos casos inicialmente reportados (a metade daquela encontrada nos estudos americano e canadense).

Gráfico 8 – Fluxo da Justiça para o Estupro na Inglaterra e em Gales em 1996

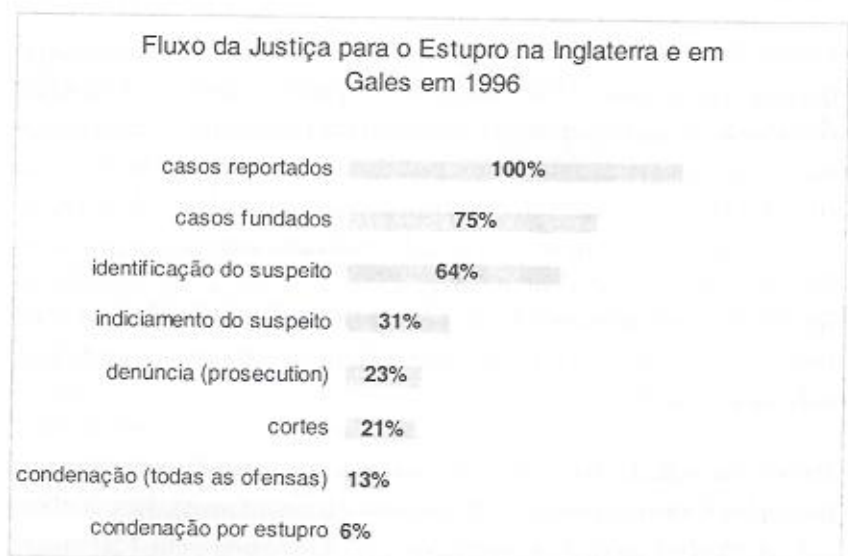
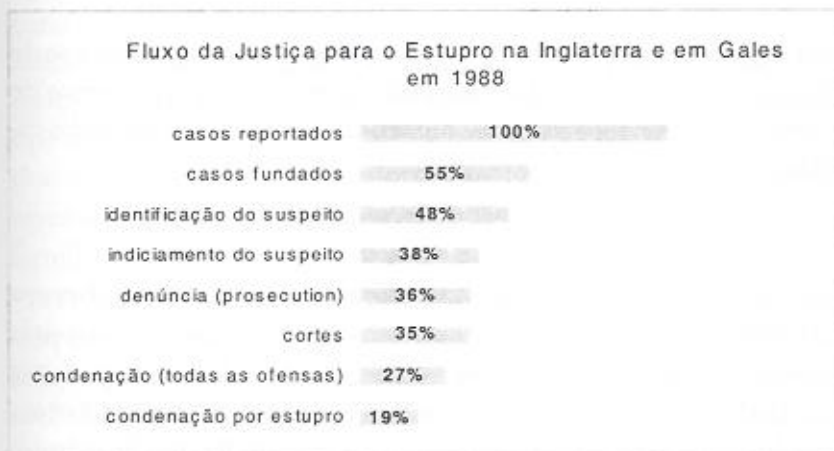


Gráfico 9 – Fluxo da Justiça para o Estupro na Inglaterra e em Gales em 1988



O fluxo de 1988 inicia-se com uma amostra de 464 casos. Comparando os dois fluxos, observa-se, no fluxo de 1996, uma percentagem maior de casos considerados fundados e daqueles em que o suspeito foi identificado em relação às queixas reportadas. Para as autoras, estes são indicadores de mudanças na polícia, que se tornou mais preparada para o recebimento das queixas e melhor aparelhada com a utilização de técnicas de identificação mais sofisticadas, como o exame de DNA. Também se observa uma redução das percentagens do processamento nas fases de indiciamento, denúncia, entrada nas cortes e condenação. Esta redução inicia-se no momento de formalização do crime e da autoria e, assim, pode-se supor que ela se reflete em todas as outras fases do fluxo, mas, de qualquer maneira, ela não parece por si só explicar a redução drástica na proporção de condenações. Para as autoras, mudanças na natureza das queixas de estupro, agora mais concentradas na denúncia do agressor conhecido, estariam condicionando esta redução.

Este breve panorama internacional aqui traçado da descrição quantitativa dos processos de decisão fluxo para o crime de estupro, embora pouco aprofundado para se pretender o rigor de um estudo comparativo, permite, entretanto, algumas constatações. Em primeiro lugar, corrobora os muitos estudos sobre a justiça criminal que apontam a fase policial como aquela em que ocorre o grande processo de seleção e filtragem dos casos. No caso da França, esta afirmação fica devedora

aos dados apresentados, cuja deficiência se deve à tradição naquele país de não se computar oficialmente as queixas iniciais que antecedem o início da formalização da acusação na polícia.

Em segundo lugar, mostra que o fenômeno de funil apresenta-se de forma bastante acentuada nos crimes de estupro, em que menos de 20% das queixas iniciais terminam em condenação. Comparadas estas proporções têm média de 13% .

*4. A resposta criminal ao estupro: algumas especulações* Uma vez apresentados os resultados encontrados nas pesquisas internacionais, podemos retomar aqueles referentes à pesquisa realizada em Campinas e responder à pergunta então formulada. Isto é, a dificuldade de passagem da queixa à constituição jurídica do estupro, bem como a baixa proporção de condenação em relação aos casos iniciais, apresentam-se como regularidades na resposta que a justiça criminal de vários países oferece ao crime de estupro.

As regularidades no tratamento dado pelos operadores ao crime de estupro refletem, por um lado, regularidades nas características que são próprias a este crime e, por outro, regularidades em fatores de ordem cultural que alimentam as interpretações que vítimas e operadores fazem do estupro. Podem ser identificados alguns padrões aqui, como em outros países, que concorrem para a dificuldade de constituição jurídica do crime de estupro e sua baixa punibilidade. Em que medida esses fatores atuam e qual o peso de cada um deles na explicação da configuração do fluxo apresentado em cada pesquisa são perguntas que só poderão ser respondidas com o acesso às informações sobre os agressores e as vítimas, as relações entre eles, as características das ocorrências, bem como sobre as práticas dos operadores para a tomada de decisão (que aqui não houve espaço para disponibilizar).

Contudo, podemos citar alguns destes fatores apontados nos estudos e especular como estes podem estar condicionando as configurações dos fluxos apresentados. O estupro gera conseqüências físicas e psicológicas sérias em quem o vivencia, e implicar o sistema de justiça criminal e perseverar nesta decisão não é tarefa simples.<sup>21</sup> Em geral, conta-se com poucas versões originais sobre o acontecimento, e os exa-

mes de corpo de delito nem sempre são conclusivos, o que dificulta a elaboração das provas. Suspeita e hostilidade da polícia e de outros operadores em relação às vítimas, classificando suas queixas como não fundadas, ou desencorajando-as de prosseguir com o processo, são atitudes que vêm sofrendo mudanças, mas o uso de estereótipos em relação à vítima e também ao agressor ainda orientam a ação destes operadores. Assim como em outras ofensas que envolvem violência doméstica, é difícil para a vítima dar e manter uma queixa contra um agressor conhecido, principalmente quando este pertence ao âmbito familiar. O fato de a vítima e de o agressor conhecerem-se cria, para os operadores, uma série de problemas relacionados à credibilidade e à elaboração de evidências. No mesmo sentido, é mais fácil a constituição de evidências contra agressores desconhecidos se a polícia encontra-se bem equipada e aparelhada.<sup>22</sup> O reconhecimento da existência do crime de estupro esbarra na evidência sempre problemática do não consentimento da vítima, apesar de muitos dos países citados ter implementado mudanças na definição jurídica e na jurisprudência.

A solução criminalizante oferecida pelo sistema de justiça criminal às demandas das queixosas do estupro tem suscitado lá, como aqui, diversas reflexões.<sup>23</sup> Em teoria, o que se espera das agências de controle social é que identifiquem, processem e punam os comportamentos definidos como criminosos. Na prática, o sistema de justiça criminal funciona de maneira diferenciada segundo o tipo de crime, obedece à racionalidade e às estratégias dos diferentes atores envolvidos - vítima, policial, promotor, advogado, juiz etc -, muitas vezes conflitivas, avaliadas segundo lógicas pessoais, profissionais ou burocráticas diversas.

Do ponto de vista da vítima (que em última instância é quem procura por justiça), as soluções oferecidas apresentam-se insatisfatórias, já na fase inicial do processamento, quando se verifica o maior índice de desistência. Pode-se então sugerir, a partir dos resultados encontrados que constata a ineficiência do sistema de justiça criminal dos vários países estudados em oferecer solução criminalizante, que esta não é a melhor estratégia de combate a este crime, ou talvez que esta estratégia necessite ser combinada a outras, que levem em conta as necessidades das vítimas de agressões sexuais. Só assim será possível enfrentar a complexidade que envolve o tratamento deste crime, principalmente quando este ocorre entre familiares e quando soluções não punitivas são requeridas.

- 1 O estudo sobre o sistema de justiça criminal realizado por COELHO, E. C. "A administração da justiça criminal no Rio de Janeiro: 1942-1967". *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, IUPERJ, vol. 29, n. 1, 1986 pp. 61-81, e o diagnóstico elaborado pela FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO Indicadores sociais de criminalidade. Belo Horizonte, Fundação João Pinheiro, 1987, p.168, foram os primeiros a chamar a minha atenção para a necessidade de se privilegiar o fluxo de processamento de pessoas e papéis entre os diversos subsistemas.
- 2 Os "Uniform Crime Reports" (UCR), estatísticas oficiais nacionais divulgadas anualmente, por conterem informações sobre o volume de crimes conhecidos pela polícia, os crimes resolvidos pela prisão de seus autores, pessoas denunciadas e pessoas absolvidas ou condenadas, permitiram conhecer o desempenho das instituições responsáveis pelo controle da criminalidade e o tratamento dado por elas à sua clientela. FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (1987), op. cit.
- 3 LAFREE, G.D. *Rape and Criminal Justice: the social construction of sexual assault*. Belmont, California: Wadsworth Publishing Company, 1989, p.273.
- 4 KELLER, Y. "Le traitement judiciaire du viol dans le district de Montreal em 1980 face aux revendications feminines", *Mémoire présenté à la Faculté des Arts et des Sciences Criminologie*, Montreal, 1986, p. 249. VARGAS, J. D. *Crimes sexuais e sistema de justiça*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.
- 5 No tratamento dado aos crimes sexuais em Campinas, pude observar, por exemplo, que em situações em que não ocorre a prisão do suspeito até a instauração do inquérito, a polícia em geral age sozinha e de forma independente. Após a instauração, o Ministério Público passa a ter acesso aos autos do inquérito e a exercer um controle formal sobre este, ainda que, na grande maioria das vezes, apenas via papel. Para COELHO, E. C. A administração da justiça criminal, op.cit., o sistema de justiça criminal no Brasil é formado por subsistemas frouxamente integrados. Para HAGAN, J; NAGEL, I. H.; ALBONETTI, C. "The Differential Sentencing of White-Collar Offenders in Ten Federal District Courts" in: *American Sociological Review*, vol. 45, number 5; October, 1980, a disjunção prevalece na justiça criminal americana. Contudo, observa-se o sistema funcionando de forma integrada quando administra a justiça a crimes suscetíveis de interferência de fatores políticos, tais como os de tráfico de drogas e os de colarinho branco.
- 6 No sistema americano, a negociação através da qual o acusado concorda em "pleitear culpado" é uma prática social e judicialmente aceita. A justiça criminal francesa distingue contravenções, delitos e crimes. Os delitos são julgados pelo Tribunal Correctionnel. Um movimento de "correcionalização" dos casos, ou seja, tratar como delitos fatos que poderiam ser tratados como crime tem sido diagnosticado nos últimos anos na justiça criminal daquele país CARVALAY, B. A. *Les Filières Pénales: étude quantitative des cheminements judiciaires*. Paris: CESDIP, Collection Deviance et Controle Social, 1986, p. 297.
- 7 LEVY, R. Du Suspect au Coupable: le travail de la police judiciaire. Genève, *Editions Médecine et Hygiène*, 1987, p. 183, faz uma revisão detalhada das pesquisas que trataram do modo de apreensão dos casos pela justiça criminal especialmente pela polícia, porta de entrada do sistema.
- 8 KELLER, Y. Le traitement judiciaire, op.cit.
- 9 COELHO, E. C. "A administração da justiça criminal no Rio de Janeiro, op.cit; FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, Indicadores sociais de criminalidade, op.cit.; ADORNO, S. "Crime, justiça penal e igualdade jurídica: os crimes que se contam no Tribunal do Júri", in: *Revista USP*, São Paulo, nº 21, 1994 e "Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo", in: *Novos Estudos Cebrap*, nº 43, 1995.

- 10 AZEVEDO, M. A. & AZEVEDO GUERRA, V. N. *Pele de asno não é só história: um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família*. São Paulo: Rocca, 1988. FEIGUIN, D., BORDINI, E., MEDRADO, M. A., PATERNOSTRO, M. E. "Um retrato da violência contra a mulher – 2038 Boletins de Ocorrências", in: *Seade*, São Paulo, 1987. SOARES, B.M. "Delegacia de atendimento à mulher: questão de gênero, número e grau", in: SOARES, L. E. (org.). *Violência e política no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, pp. 107-125. SAFFIOTI, H. I. B. "A vida por um fio: a violência contra crianças e adolescentes no Brasil contemporâneo". Trabalho apresentado no XVIII Encontro Anual da ANPOCS, 1994, Caxambu.
- 11 CORREA, M. *Morte em família*. Rio de Janeiro: Graal, 1983. PIMENTEL, S., SCHRITZMEYER, A. L. e PANDJIARJIAN, V. *Estupro: Crime ou "cortesia"? Abordagem jurídica de gênero*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editô, 1998.
- 12 A este respeito ver SEADE – Análises Longitudinais do Crime e dos Criminosos estudos sobre o "fluxo" de justiça criminal - São Paulo (impresso). Sobre fluxos para os crimes sexuais ver VARGAS, J.D. Crimes sexuais e sistema de justiça., op.cit.
- 13 O autor baseia-se na teoria dos rótulos e do conflito para estudar o estupro. Da primeira, ele se vale da idéia de que a reação oficial ao crime depende mais da construção social de tipificações do que do comportamento real dos envolvidos. Algumas tipificações sobre a vítima são: ter ou não má reputação, ter ou não relações não convencionais, demonstrar resistência, ser negra etc. Algumas tipificações sobre o autor são: ser desconhecido, agir em espaço público, ser negro, ter antecedentes, etc. Da teoria do conflito, o autor se vale da noção de que a lei é aplicada para controlar o comportamento de indivíduos que ameaçam o poder de grupos dominantes e, na sua aplicação à análise do estupro, sugere ser necessário identificar o contexto social da ofensa: quem é a vítima, quem é o agressor e, sobretudo, qual é a relação existente entre eles, e conclui, nesta perspectiva, que a reação oficial ao estupro depende da composição racial da vítima e do agressor, bem como da violação ao papel de conformidade de gênero. Ver LAFREE, G. D. *Rape and Criminal Justice*, op.cit.
- 14 KESTETTER, W. A. "Police and Prosecutorial Reponse to Sexual Assault Against Women", in: *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 81, number 2, Summer 1990, p.267-313.
- 15 GRAY-EUROM, K., SEABERG, D., WEARS, R. "The Prosecution of Sexual Assault Cases: correlation with forensic evidence", in: *Annals of Emergency Medicine*, vol. 39, Issue 1, January 2002.
- 16 KELLER, Y. *Le traitement judiciaire*, op.cit.
- 17 BORDEAUX, M.; HAZO, B. LORVELLEC, S. *Qualifié viol*. Genève: Editions Médecine et Hygiène, 1990, e CENTRE DE RECHERCHES SOCIOLOGIQUES SUR LE DROIT ET LES INSTITUTIONS PÉNALES (CESDIP). *Agressions Sexuelles – Du dépôt de plainte à l'exécution des peines*. Paris, 1995.
- 18 Os estudos sobre justiça criminal produzidos na França, desde o estudo clássico de DAVIDOVITCH, A. et BOUDON, R. "Les mécanismes sociaux des abandons de poursuivre", in: *Année Sociologique*, 1964, p. 11-244, têm privilegiado como objeto de estudo o Ministério Público, identificando-o como o maior responsável pela seleção dos casos. Só recentemente o papel da polícia no processo de seleção vem sendo mais bem conhecido. LEVY, R. *Du Suspect au Coupable*, op.cit. em um estudo sobre os delitos flagrantes na região parisiense mostrou que a filtragem é mais importante na fase policial e que as decisões tomadas nas outras fases são dependentes e alinhadas a esta.
- 19 HARRIS, J. & GRACE, S. *A Question Of Evidence? Investigating and prosecuting rape in the 1990s*. London: Home Office, 1999, p.68.

- 20 Segundo as autoras, como o estupro é considerado um crime sério, o que realmente conta nesta seleção é a presença ou não de evidências.
- 21 Os motivos do abandono ou da retratação são variados: desde o medo da represália, a dependência financeira do agressor quando a queixa é intra-familiar, o ceticismo com a ação policial, a não credibilidade do relato etc.
- 22 Ver ESTRICH, S. *Real Rape*. Harvard University Press, 1987.
- 23 Segundo SOARES, B. *Mulheres Invisíveis - violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 224: "[...] encarar a violência doméstica apenas pelo ângulo criminal, apostando preferencialmente em soluções punitivas não parece ser uma política promissora". Na avaliação feita pela autora, a cobrança da ação do Estado e de suas instituições tem sido a principal estratégia do movimento contra a violência de gênero no Brasil. Já nos EUA, este movimento vem investindo pesadamente na sociedade civil, gerando outras opções de combate à violência doméstica. SNIDER, L. "Effet pervers de certaines luttes féministes sur le controle social", in: *Criminologie*, Québec, vol XXV, nº 1, 1992, p. 4-25, identifica um desencantamento do movimento feminista canadense com a utilização das estruturas penais como solução para a violência de gênero. Segundo a autora, o sistema de justiça criminal não é um aliado digno de confiança. Ao contrário, o que este tem feito é aumentar o controle na vida das mulheres já vitimizadas e reforçar a discriminação social que este sistema opera, perseguindo apenas uma população já marginalizada, sua habitual clientela.

## OS CRIMES SEXUAIS E A PROVA MATERIAL

Rúbia Abs da Cruz

*Introdução* Neste artigo, pretende-se abordar a importância da perícia na determinação da materialidade nos crimes sexuais e a forma como esses crimes têm sido julgados pelo Poder Judiciário na ausência desta prova. O texto é propositivo em relação a uma nova forma de utilização dos meios de prova existentes nos crimes sexuais: o exame psicológico nas vítimas, ainda pouco utilizado pelo judiciário. Ainda hoje, a característica principal do sistema processual penal, quando está em julgamento a violência sexual, é um profundo desinteresse pela vítima.

No processo penal, são resguardados os direitos individuais do réu, que, em sua grande maioria, é absolvido pelo benefício da dúvida, decorrente da falta de provas. É importante apontar que a falta de provas, apesar de ser a justificativa legal, não é normalmente o que decide, pois as influências culturais e concepções morais dos operadores atuam indiretamente no julgamento.

Não se pretende, nesta análise, discorrer sobre as diversas definições teóricas ou sobre os tipos penais de violência sexual, mas, sim, abordar



questões morais e culturais que envolvem o tema e sugerir novas formas de utilização dos meios de provas nesses delitos, para uma maior efetividade jurídica e conseqüente justiça, contribuindo para a redução da impunidade em crimes desta natureza. Isto não significa concordância com as penas altas atribuídas aos crimes sexuais (isto ensejaria uma outra discussão). A proposta é a utilização do exame psicológico da vítima como meio de prova usual no processo penal, para que não ocorra a impunidade quando evidenciada a violência sexual.

A lei, apesar de proteger a liberdade sexual, não contempla o fenômeno como um todo. São atribuídos significados culturais à violência sexual que não se encontram circunscritos no Código Penal, na Constituição Federal e nas Convenções Internacionais, ou seja, estão fora da ordem que rege os direitos e tipifica os atos criminosos. Apesar de a violência sexual ser considerada um ato condenável pelo direito, este, ao que tudo indica, não se preocupa em condenar os agressores como forma de coibir o ato e nem em tratar vítimas e agressores, buscando dirimir este problema social:

“Nem sempre é absoluta, coerente e linear a relação que existe entre a norma positiva, a norma aplicada aos casos e os valores presentes na sociedade. Fica patente que o momento de aplicação do Direito é muito mais do que momento de mecânica subsunção do fato à norma positiva jurídica. É o momento supremo do direito em que ressaltam muito mais os valores do que fatos sociais. Contudo, os valores sociais, por vezes travestidos em estereótipos e preconceitos discriminatórios, atuam subrepticiamente, inconscientemente nas argumentações dos operadores do Direito, impedindo-os de desempenharem suas funções tendo em vista o respeito, a dignidade e a justiça”.<sup>1</sup>

A mensagem veiculada por estes agentes, muitas vezes, reforça a idéia de que, nos crimes sexuais, a vítima tem que provar que não é culpada e que, portanto, não concorreu para a ocorrência do delito.

Os operadores do direito não têm atuado de forma criativa e ativa em relação às providências que poderiam melhor garantir a efetividade do processo legal, em parte pela falta de sensibilização para as questões de gênero.

*1. A prova material* Nos crimes sexuais que deixam vestígios, como o estupro e o atentado violento ao pudor, será indispensável o exame de corpo de delito, de acordo com o artigo 158 do Código de Processo Penal. Entretanto, a prova testemunhal poderá suprir a falta do exame (artigo 167 CPP), mas testemunhas em casos de violência sexual são raras. A perícia usualmente utilizada nos crimes sexuais é realizada por médicos perito legistas e serve para comprovar a materialidade, consistindo na realização do exame do corpo de delito, onde o perito buscará evidências – tais como presença de esperma, ruptura do hímen e lesões corporais – da prática de conjunção carnal ou de algum ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Na maioria dos casos, esta prova pericial não basta para que seja possível comprovar a materialidade, restando aos operadores do direito buscar outros meios de prova para averiguar os fatos, o que na prática quase não ocorre.

Além disso, existem dificuldades para a realização deste exame, que sequer é disponibilizado em muitas cidades do interior. As instalações e os recursos dos departamentos médico-legais são precários, faltam recursos humanos, e, especialmente, existe a desinformação das vítimas sobre a importância deste exame para o processo penal.

Art. 159. Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.<sup>2</sup>

É importante mencionar que há a possibilidade de realização de outras perícias de acordo com o Código de Processo Penal, mas não são normalmente requeridas pelas partes ou determinadas pelo juiz nos crimes sexuais.

Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.<sup>3</sup>

Estes artigos viabilizam integralmente a proposta de realização de exame pericial psicológico nas vítimas de crimes sexuais. É uma proposta que encontra respaldo legal, necessitando somente da aceitação e utilização dos operadores do direito na busca da verdade real.

O "Estudo Epidemiológico Sobre Violência Sexual Contra Mulheres"<sup>4</sup>, realizado no Departamento Médico-Legal de Porto Alegre, sobre os exames do corpo de delito em casos de conjunção carnal, analisou 1063 laudos, verificando-se que em 70% dos casos as vítimas não apresentavam evidências de violência. A coleta de material para pesquisa de espermatozoides foi realizada em 48% dos casos, sendo que o exame evidenciou a presença de células masculinas em 50% dos casos, ou seja, em menos de 25% do total de casos. Além disso, constatou-se que 40% das mulheres realizam o exame dois dias após o evento, o que dificulta a comprovação da relação sexual ou de vestígios de violência.

Outra pesquisa<sup>5</sup> realizada no mesmo período pelo Departamento Médico-Legal de Porto Alegre analisou 24 processos de estupro ou atentado violento ao pudor e constatou que, em 90% dos processos em que houve absolvição, não havia perícia comprovando a materialidade. Nesta mesma pesquisa, quando os réus eram condenados, mesmo sem o exame pericial, analisou-se os critérios utilizados pelos operadores do direito e concluiu-se que, na prática, o discurso girava em torno de questões fáticas. A ilicitude do ato propriamente dita é posta de lado, valorizando-se o comportamento do réu e da vítima no meio social em que vivem.

Há uma série de valores que são inerentes aos nossos costumes e que são repassados nas manifestações dos profissionais do direito. Tanto o réu quanto a vítima são julgados. O primeiro, pelo delito, e a segunda, pela sua vida pregressa e seu comportamento. O que será avaliado é a forma como o agente e a vítima estão inseridos no contexto social em que vivem, de acordo com os papéis que, através dos tempos, foram estipulados a homens e mulheres. Essa compreensão do fenômeno da violência sexual enquadra-se na noção sociológica de gênero.

Nos crimes sexuais, ocorre uma verdadeira inversão de valores: a vítima vê-se obrigada a provar que não contribuiu, de forma alguma, para a ocorrência do fato e que vive de acordo com o papel determinado pelos padrões sociais preestabelecidos.

A referida pesquisa conclui que, no nosso meio, é pouco freqüente uma sentença absolutória quando a perícia demonstra a materialidade da violência sexual, mas, nos 43% dos casos que tiveram sentença

condenatória em primeiro grau, a perícia não determinou a materialidade do fato, o que levou à conclusão de que a prova pericial não guarda relação direta com os índices de condenação. Apesar de não ter sido objeto da pesquisa, chegou-se à outra conclusão: existe despreparo dos operadores do direito ao requererem a perícia e ao trabalharem com os laudos fornecidos pelos peritos.

Pesquisas<sup>6</sup> têm apontado que, em 60% a 80% dos casos, a violência sexual ocorre com vítimas dos 0 aos 20 anos, em crianças e adolescentes do sexo feminino, sendo os agressores familiares ou conhecidos em 60% a 80% dos casos (o pai é apontado como o principal agressor).

Em relação à condenação nos crimes sexuais, o perfil dos agressores não foge à regra: fazem parte das camadas pobres da sociedade, e o perfil sócio-econômico coincide com o das vítimas, o que se coaduna com o mencionado acima, ou seja, são da mesma família ou comunidade.

Outro aspecto muito importante apontado pela pesquisa do Departamento Médico-Legal foi a baixa constatação de violência física ou de utilização de armas. Isto nos indica, mais uma vez, o caminho de que a violência sexual ocorre com a utilização do temor da vítima em relação ao agressor, o que vai ao encontro do perfil deste, que normalmente é parente ou conhecido da vítima e exerce sobre ela algum poder.

Esta foi a conclusão também de outra pesquisa publicada<sup>7</sup> em que as autoras analisaram 50 processos e 101 ementas de estupro, em que houve a constatação da não utilização de instrumentos como armas ou outros objetos pelo agressor, sendo alta a probabilidade de que a maior força física do homem e a intimidação pelo uso da violência psicológica sejam os fatores determinantes para neutralizar a resistência da mulher.

A pesquisa realizada por Sônia Rovinski, referente ao transtorno de estresse pós-traumático em mulheres vítimas de estupro, conclui, em análise preliminar, que os dados coletados demonstram que a agressão física não é o fator predominante na vitimização sexual, sendo a pressão psicológica o instrumento mais utilizado pelo agressor, o que resulta em maiores danos à vítima.

Atualmente, a assistência ao paciente vítima de violência sexual tem sido alvo de importantes estudos quanto aos seus aspectos clínicos e, especialmente, em relação à saúde mental. Entretanto, são poucos os cruzamentos existentes entre os dados jurídicos, psicológicos ou médico-legais sobre o tema, assim como não há qualquer pesquisa estabelecendo a importância da perícia médico-legal e sua efetiva contribuição para a justiça.<sup>8</sup>

*2. Repercussões da violência sexual* Ao editar a “Norma Técnica para Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes” (1998), o Ministério da Saúde, além de regular o direito ao aborto legal e indicar medicamentos para evitar a gravidez indesejada e doenças sexualmente transmissíveis às mulheres vítimas de violência sexual, salientou que as vítimas sofrem sérias conseqüências, tanto físicas como psicológicas, tornando-se mais vulneráveis a outras formas de violência, tais como o uso de drogas, doenças sexualmente transmissíveis, doenças ginecológicas, depressão e até o suicídio.

Para a compreensão da violação e do que esta ocasiona psicologicamente em suas vítimas, dentro da perspectiva do transtorno do estresse pós-traumático, seguem algumas considerações sobre o tema:

“O marco teórico utilizado considerou a violação sexual como um acontecimento brusco que produziria efeitos extremamente traumáticos em suas vítimas e que poderiam ser descritos dentro da perspectiva do estresse pós-traumático. Os resultados gerais levantados indicaram a ocorrência de um estresse psicológico intenso imediatamente após a violação e que se manifestava nas vítimas com todos os sintomas possíveis”.<sup>9</sup>

Estes transtornos apresentados pelas vítimas de crimes sexuais também foram mencionados na decisão do Supremo Tribunal Federal, no voto da Ministra Ellen Gracie, no Habeas Corpus nº 81.288-1 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Os efeitos malignos do estupro não surpreendem, considerando-se a violência física, psicológica ou moral que ele

implica (Breslau et. Al.1991; Herman, 1992). Um estudo dos EUA determinou que as vítimas de estupro eram nove vezes mais propensas a cometer tentativas de suicídio e duas vezes mais susceptíveis à depressão profunda que as mulheres não vitimadas (Kilpatrick, 1990). Os estudos de acompanhamento demonstram que as sobreviventes de estupro apresentam maiores índices de transtorno de estresse pós-traumático prolongado que as vítimas de outros tipos de violência (Norris, 1992). Alguns especialistas consideram que as mulheres vítimas de abuso sexual e agressão sexual constituem o maior grupo individual com problemas de estresse pós-traumático e que estupro é o evento individual com maior probabilidade de causar estresse pós-traumático. (Foa, Olasov e Steketee,1987)".

Ainda tratando dos transtornos apresentados pelas vítimas de crimes sexuais, segue a citação que analisa os sintomas decorrentes dos eventos traumáticos como o estupro:

“São considerados eventos traumáticos aqueles que ocorrem de maneira inesperada e de forma incontrolável ameaçando a sensação de segurança e auto-confiança do indivíduo e gerando intenso sentimento de medo e vulnerabilidade. Conforme Kaplan, Sadock e Grebb (1997), são descritos como eventos traumáticos, capazes de desencadear tal conjunto de sintomas: as experiências de combate, catástrofes naturais, agressões físicas e o estupro”.<sup>10</sup>

Acredita-se que a dúvida em relação à palavra da vítima, demonstrada pelos profissionais e também pela sociedade, influencie nos sintomas de culpa apresentados. A culpa que a vítima sente é normalmente potencializada pelas perguntas elaboradas pelos policiais e, após, pelos operadores do direito, que tendem a colocar em dúvida a versão apresentada pela vítima. Tais perguntas buscam enquadrá-las em padrões de comportamentos adequados às pessoas ‘passíveis’ de sofrerem violência sexual. Esse tratamento agrava o problema, fazendo as vítimas sentirem-se mais culpadas.

As crianças violentadas sexualmente, por encontrarem-se em formação, são mais atingidas psicologicamente, e, em caso de incesto, as

conseqüências são ainda mais danosas. O que se busca demonstrar é que a violência sexual, independentemente do sexo e da idade da vítima, ocasiona transtornos e conseqüências psicológicas, passíveis de serem verificadas e constatadas por profissional habilitado, e que, portanto, o exame psicológico deve ser levado em consideração como prova pelo sistema judicial.

A falta de confiança nos órgãos públicos em oferecer soluções concretas para os casos de violência sexual, especialmente em relação ao abuso sexual infantil, faz com que as pessoas não comuniquem tal fato. Esse acontecimento faz com que as crianças que sofrem abuso sexual tornem-se adultos com problemas psicológicos, podendo agir da mesma forma, apresentando diversos sintomas.

É um efeito cascata que parece não ser observado. Enquanto os violadores não forem devidamente tratados, ao menos nos casos que chegarem até o Poder Judiciário, o problema irá persistir de forma cada vez mais intensa. O sistema penitenciário brasileiro não reeduca. Para a prevenção da violência sexual é necessária a intervenção em rede com ações preventivas e também terapêuticas – com recursos humanos qualificados – as quais deveriam ser oferecidas pelo Estado, já que este é garantidor de direitos e é responsável pela penalização. Não basta somente penalizar o agressor, é preciso tratá-lo; do contrário, a reincidência será inevitável, e, o que é pior, haverá uma nova vítima.

O Estado deveria ser o responsável por proporcionar, através de políticas públicas, o tratamento multiprofissional da vítima, do abusador e da família (em caso de incesto), uma vez que esta violência diz respeito ao social.

Do contrário, cria-se a perpetuação do ciclo abusivo dentro da família: crianças abusadas são filhos de pessoas que também o foram em sua infância, “além disso, tanto pessoas que cometem abuso, quanto as que permitem, foram elas mesmas abusadas, negligenciadas e desprotegidas na infância”.<sup>11</sup>

Com certeza, um tratamento específico seria uma medida capaz de minimizar o problema social, o que não é, continuar permitindo, através da omissão, que os violadores sexuais sofram diversos tipos de

violência nos presídios, o que inegavelmente contribui ainda mais para a perpetuação do comportamento violento.

*3. O valor jurídico da palavra da vítimas* A importância do exame psicológico nas vítimas de crimes sexuais deve ser verificada nas decisões judiciais especialmente por dois aspectos. Primeiro, por todas as considerações feitas acerca das dificuldades e carências apresentadas na prova pericial no auto de exame de corpo de delito. Em segundo lugar, pelo valor dado à palavra da vítima.

A doutrina é uníssona quanto à palavra da vítima constituir o vértice de todas as provas nos crimes contra os costumes; na avaliação das provas, entretanto, pouco ou nenhum valor tem sua palavra quando não caracterizada a sua honestidade. A absolvição por faltas de provas, ou por dúvida, será uma consequência lógica nestes casos.

Uma adolescente ou mulher que não for caracterizada como 'honesta' não conseguirá fazer valer os seus direitos e, conseqüentemente, não será tratada com respeito e dignidade. O problema maior reside justamente no conceito de honestidade, pois cada operador terá a sua concepção, já que o Código Penal não tem este conceito tipificado: "tão subjetivo é o conceito de honestidade que ficará sempre a cargo do juiz estabelecê-lo, de acordo com os padrões vigentes em determinado meio".<sup>12</sup>

É importante destacar que, nos artigos do Código Penal que tipificam o estupro e o atentado violento ao pudor, não consta absolutamente nada em relação à honestidade da vítima. Os operadores do direito, independentemente da sua posição no processo, atuam, na maioria dos casos, com a lógica da absolvição ou da condenação baseados em estereótipos. As adolescentes e mulheres adultas são sempre vistas com certo ceticismo em relação a suas versões dos fatos.

Vale transcrever algumas ementas que demonstram muito bem o valor conferido à palavra da vítima pela jurisprudência:



ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. A palavra da vítima, descrevendo minudentemente o *iter criminis*, assume especial relevo nos delitos contra os costumes, que são normalmente praticados às ocultas, sem testemunhas, mas perde a credibilidade quando seu depoimento revela-se reticente e contraditório, bem assim os dos agentes policiais que atenderam a ocorrência, tudo remetendo ao veredicto absolutório que, diante deste contexto fático-jurídico, é impositivo, favorecido o agente pela dúvida. (Apelação Crime nº 695192948, 4ª Câmara Criminal do TJRS, Caxias do Sul, Rel. Montaury dos Santos Martins – J. 20/03/96). (Grifo meu).

ESTUPRO. PROVA INSUFICIENTE. ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR. Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima somente assume relevância quando respaldada em algum segmento de prova idôneo. Quando resultar isolada e infundada, cabível a absolvição por insuficiência probatória. (Apelação Crime nº 695173591, 1ª Câmara Criminal do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Egon Wilde. J. 30.10.96). (Grifo meu).

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO – FALTA DE PROVA – ABSOLVIÇÃO. Em sede de crimes contra a liberdade sexual da mulher, a palavra da vítima é de ser considerada. No entanto quando estas não possuem ressonância no elenco probatório, a absolvição se impõe, por falta de provas que caracterizem o delito imputado ao acusado. Recurso provido. (Apelação Criminal nº 30.360, 1ª Câmara Criminal do TJSC, Tangará, Rel. Des. Solon Déça Neves, J.31.05.94). (Grifo meu).

Pode-se afirmar que, juridicamente, a palavra da vítima não tem tanto valor assim.

Com a realização do exame psicológico na vítima, será possível ao magistrado avaliar os danos decorrentes através de um laudo. O juiz poderá não ficar adstrito ao laudo (Artigo 182 do Código de Processo Penal), mas, certamente, este exame, constatado o transtorno de estresse pós-traumático, dificultará uma absolvição por falta de provas.

4. *A reação das vítimas* Será que existe no nosso sistema penal algum crime em que a reação da vítima seja tão importante quanto

nos crimes sexuais? Pode-se afirmar que, no crime de assalto, até serão verificadas algumas circunstâncias em relação ao comportamento da vítima, como, por exemplo, o fato de ela encontrar-se parada em local perigoso, altas horas da noite, em um bom automóvel, usando jóias e falando ao celular. De qualquer forma, o assaltante não será isentado de uma condenação penal devido ao comportamento apresentado pela vítima. A orientação policial é de que a vítima de assalto não reaja para que se preserve a sua integridade física e sua vida, bem maior tutelado pelo nosso sistema penal. Se a vítima, contudo, reagir e acabar sendo morta, o crime será de latrocínio, com pena altíssima e, mais uma vez, independerá do comportamento da vítima.

Diferentemente, nos crimes sexuais, se a vítima estiver vestida de maneira sensual em local perigoso, altas horas da noite, e tiver vida desregrada (regras estas impostas socialmente e de forma mais rígida às mulheres), provavelmente o agressor não será condenado, pois a vítima é vista como provocadora da situação. Caso a vítima não reaja adequadamente quando violentada sexualmente é porque, de certa forma, acabou consentindo. Deveria ter reagido com gritos e se debatido, evitado contato, mesmo que corresse o risco de ser lesionada fisicamente ou morta, mas deveria provar que não queria. Além disso, a mulher não deveria ter saído sozinha... e sequer já ter mantido relação sexual com outros homens...

Situação bem colocada por Luíza Eluf: "Fazer-se sensual e atraente pode ser confundido com colocar-se em disponibilidade total, sem direito à escolha. A predisposição sexual, que é parte da natureza humana, na mulher é interpretada como sinal verde para qualquer tipo de abordagem, mesmo que desrespeitosa e violenta".<sup>13</sup>

Por que condenar socialmente um homem que se viu tentado por uma mulher que, pelo seu comportamento, provavelmente estava mesmo querendo manter relação sexual com alguém? Afinal, se ele forçou, foi somente no início, depois provavelmente ela deixou... Não há ilícito penal a ser regulado neste caso.

Destaca-se a transcrição abaixo, em relação ao entendimento tradicional quanto à reação das vítimas de crimes sexuais, que, mesmo contando com quase dois séculos, permanece com o mesmo entendimento atual, necessitando de imediata transformação:

“Em 1820, Capuron até julga necessário reafirmar, sobre esse ponto, as certezas tradicionais: ‘A mulher deve preferir a morte ao ultraje. Ela deve lutar, mesmo em situação de perigo, sempre suspeita, sempre julgada capaz de revide ou defesa’. [...] Arcaísmo favorável ao acusado, certamente, enquanto violência de sangue, à presença de golpes, os sinais materiais da brutalidade continuam sendo de fato o indício prioritário, se não exclusivo. Uma decisão característica, regularmente citada na jurisprudência do início do século, tomada pela corte de Besançon em 1828, mostra seu valor emblemático”.<sup>14</sup>

Existe também uma grande dificuldade de determinar o ilícito penal nos relacionamentos entre meninas e familiares, pois normalmente ocorre uma série de vezes e normalmente não há violência física, dificultando a prova. É um ato condenável socialmente, mas muito pouco condenado penalmente, pelo apego à prova material no processo penal. Como compreender que uma menina de doze anos mantenha relação sexual contra a sua vontade, afinal ela já entende? Qual seria a reação mais adequada? Seria realmente uma presunção absoluta de violência?

Freqüentemente, estas adolescentes já são violentadas sexualmente desde crianças e custa-lhes muito tempo para compreender o que realmente acontece. Encontram-se em formação e a sua realidade é a de abuso sexual, sem que elas tenham consciência de que estão efetivamente sendo violentadas pelo próprio pai, padrasto ou familiar. Além disso, com a constatação e conscientização do que realmente acontece, surgem a vergonha e o medo, especialmente o medo de perder o amor da mãe, ao se desvendar o segredo.

E, o que é mais importante, para o processo criminal não haverá prova de desvirginamento recente ou de violência. Mais uma vez, reporta-se ao temor da vítima e ao poder do agressor na relação - tão pouco trabalhados nos processos criminais sobre violência sexual -, que se entende como ponto-chave, inclusive para trabalhar com a presunção relativa ou absoluta de violência nos crimes sexuais.

Nos processos criminais analisados,<sup>15</sup> não havia qualquer laudo psicológico requisitado pelas partes ou determinado pelo juiz. Não

houve qualquer estudo do Judiciário em relação ao problema; não havia um profissional habilitado, como um psicólogo ou psiquiatra, envolvido no processo, mesmo quando tratava-se de crianças. Os julgamentos assim são totalmente técnicos e morais, pois as provas nestes casos limitam-se à palavra da vítima, já que normalmente não se têm outros elementos. O exame pericial normalmente é realizado dias após o fato, o que acaba por dificultar a prova.

Logicamente, não é possível afirmar que nenhum operador do direito atue com o auxílio destes laudos psicológicos; pode-se afirmar, entretanto, que seja um número muito limitado. Não é um procedimento corrente no Poder Judiciário. As Varas da Infância e da Juventude de Porto Alegre já desenvolvem a avaliação psicológica das vítimas, encontrando-se presentes nos processos laudos psicológicos e psiquiátricos que avaliam transtornos em crianças e adolescentes. Em muitos casos, tais processos contêm relatos de abuso sexual. Estes laudos têm contribuído positivamente na prova dos fatos e na busca da verdade real.

O processo analisado nº 28-872 era um caso de estupro, onde o agressor era policial militar e tio da vítima, que, à época, encontrava-se com doze anos de idade. O réu mantinha uma arma na cabeceira da cama e, quando não havia ninguém em casa, obrigava a vítima a com ele manter relação sexual. O Acórdão<sup>16</sup> nº 698063872 alegou, como principal fundamento para a absolvição, o fato de a vítima ser corrompida. Entretanto, quem a teria corrompido com doze anos de idade teria sido o próprio réu que respondia pelo crime de estupro.

Entenderam os julgadores que a menina seria corrompida, visto que mantinha relações sexuais com o namorado e o tio (réu no processo) durante o mesmo período. A absolvição teve por base o comportamento apresentado pela vítima. Não foi considerada a presunção de violência.

Neste caso, o comportamento agressivo do réu, que utilizava de sua autoridade com o auxílio de uma arma na cabeceira da cama para manter relações sexuais com uma menina de doze anos, não foi levado em consideração na decisão. Foi valorizado o fato de que a vítima, na

fase de instrução do processo, já estando com 16 anos de idade, apresentava-se como uma mulher 'experiente'. O que não é de se estranhar, visto que sua iniciação sexual forçada deu-se aos doze anos de idade, acarretando na desestrutura de sua família. Essas situações de violência sexual possibilitam que uma menina apresente um comportamento desregrado e 'corrompido', ou ao menos interpretado desta forma pelos mais conservadores.

De que forma coibir estes comportamentos naturalizados, já que, na maioria das vezes, não são compreendidos socialmente como imorais ou ilícitos no que diz respeito ao réu? Essa compreensão social influencia os operadores de direito. Talvez uma 'fórmula' fosse a institucionalização de procedimentos básicos que possibilitassem um contato direto dos operadores com a realidade e problemática social, que fossem inseridos na própria formação dos promotores de justiça e magistrados, antes do ingresso na carreira, evidentemente visando uma maior percepção e justiça nas decisões judiciais, com base nos direitos fundamentais e na dignidade humana.

*5. O tratamento dos operadores do direito nos crimes sexuais* De acordo com o Código Penal Brasileiro, os operadores do direito podem avaliar a violência sexual basicamente por seus efeitos sobre os costumes, e não por seus efeitos sobre a vida pessoal e emocional da pessoa que sofreu a violência. Mesmo sendo a liberdade sexual o bem jurídico protegido, a proteção aos costumes tende a obter maior êxito nas decisões em relação à liberdade individual de quem sofreu a violação.

A disposição dos crimes sexuais no Código Penal – Dos Crimes Contra os Costumes - não se limita a simples mudança de palavras. Ao contrário, encerra alteração no sentido material. Em se tomando os 'costumes como referência', a mulher é posta em plano secundário. Daí, conseqüência lógica, a lei atual distinguir como elemento constitutivo do crime a mulher honesta, virgem – como se quem não evidenciasse tais qualificações não merecesse proteção da lei.

Além disso, o fato de haver ou não violência física nos crimes sexuais contribui na convicção dos operadores do direito em relação à ocorrência do crime. Considera-se importante a presença de 'violência de sangue' nos crimes sexuais, desconsiderando-se, muitas vezes, a violência moral ou psicológica, podendo ser a vítima desacreditada na ausência de violência física.

Esta compreensão da violência sexual acarreta diversas dificuldades, conforme explica Sônia Rovinski:

"Certamente, por essas dificuldades no reconhecimento da mulher como vítima de agressões sexuais, que iniciam não apenas no momento do registro de uma delegacia de polícia mas que também perpassam ao Judiciário, quando seus agentes não a reconhecem como um sujeito portador de danos decorrentes da agressão sexual sofrida, é que esta normalmente opta pela resignação, sem encaminhar juridicamente seus direitos. Fragilizada pela agressão e sem apoio necessário, tende a se culpar pelo próprio sofrimento".<sup>17</sup>

A mudança no atendimento às vítimas de violência sexual deve ser completa. Iniciando-se na fase do inquérito policial, onde os policiais devem registrar a ocorrência sem emitirem juízo de valor em relação aos fatos e sem negarem-se a registrar quando, na sua concepção, o fato declarado não configurar um crime. Perguntas que verificam a 'honra' da vítima deveriam ser retiradas do 'procedimento de rotina'. Qualquer mulher pode ser vítima de violência sexual, não tendo sentido verificar o seu comportamento sexual anteriormente ao crime.

Em verdade, estes elementos só servem para a construção de juízo de valores culturais dos policiais e dos operadores do direito que trabalham baseados em estereótipos. Valores estes que podem fundamentar uma condenação ou absolvição.

No sistema vigente, ocorrem dificuldades de condenação em crimes sexuais por vários fatores 'extra legais' que conduzem todo o processo. Em primeiro lugar estão as dificuldades de adequar e significar a violência sexual para os próprios operadores do direito, que trabalham regidos pelos conceitos de *honra*, de *moralidade* e de *culpabilidade*,

submetendo agressores e vítimas a esta avaliação, de modo a prevalecer este entendimento na instrução e julgamento dos processos.

Conforme ensina Milton Fontana, a partir da concepção de que a culpabilidade é a censurabilidade da formação e da manifestação de vontade e de que seu fundamento é constituído pela capacidade do homem, pode-se afirmar que a culpa aferida ao agente, influencia nas decisões referentes aos crimes sexuais.<sup>18</sup>

Apesar de a doutrina divergir em relação à posição acerca da culpabilidade, quanto a mesma ser referente ao elemento do crime ou como pressuposto para a aplicação da pena, de acordo com as decisões judiciais analisadas,<sup>19</sup> entende-se que há uma tendência nos crimes sexuais, na maioria das vezes, da culpabilidade ser posicionada e interpretada como elemento do crime, já que é um juízo de valor que recai sobre o autor de uma infração penal, evitando-se assim a condenação.

Neste sentido, é importante transcrever o entendimento do Ministro Toledo, de acordo com o qual a culpabilidade deve ser tratada como elemento do crime:

“Nullum crimem sine culpa. Deve-se entender o princípio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apóia sobre a crença - fundada na experiência da vida cotidiana - de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, ‘agir de outro modo’. A não utilização desta faculdade, quando da prática do ilícito penal, autoriza aquela reprovação”.<sup>20</sup>

O comportamento apresentado pelos agressores em crimes sexuais acaba não sendo considerado desviado ou fora dos padrões, não sendo censurada e condenável a sua manifestação de vontade. Na maioria das vezes, a palavra da vítima é colocada em dúvida, ‘desculpando-se’ o agressor, já que a sua conduta não é moralmente reprovável ou censurável.

A defesa normalmente alega que a vítima permitiu, que está querendo aparentar castidade ou vingar-se. Além disso, sem a prova material ou sem comprovação da violência física, podem ocorrer interpretações

subjetivas dos operadores do direito, culminando na absolvição dos réus, com a alegação de não existirem provas suficientes para a condenação e pelo *in dubio pro reu*. Estas fundamentações são legalmente permitidas de acordo com o Inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal e são normalmente utilizadas nas sentenças e Acórdãos que julgam crimes sexuais.<sup>21</sup>

Neste sentido, a transcrição do texto abaixo esclarece alguns pontos discutidos:

“Há a imputação de uma co-responsabilidade às mulheres agredidas, a qual encontra justificativas em supostos desvios das normas sociais vigentes pelas mulheres e da expectativa de um lugar que cabe à mulher ocupar na sociedade, que ‘parece estar estreitamente relacionada à quebra das qualidades morais que se espera das mulheres’ (Suárez et al., 1999: 45). Neste sentido, a mulher, muito embora tenha sido violentada, é invariavelmente vista com desconfiança, sendo colocada sob avaliação moral”.<sup>22</sup>

Apesar de os crimes sexuais ocorrerem em número maior entre conhecidos, é justamente este fato que potencializa as decisões absolutórias:

“Este dado irá influenciar na forma como o tratamento dispensado ao estupro pelos operadores do sistema judiciário tomará. Nestes casos vítima e acusado são colocados em suspeição: são reconstituídos os elementos típicos que conferem sentido ao caso, avaliada a hipótese de uma possível armação, desenhados os perfis morais dos envolvidos, sobretudo o da vítima”.<sup>23</sup>

A responsabilidade imputada às mulheres se refere também à reação apresentada durante a violência sofrida, sendo importante destacar o que segue:

“Na jurisprudência brasileira encontramos julgados que explícita ou implicitamente guardam relação com o desprezo histórico da condição feminina. Nesse sentido, observe-se que, conforme RT 535/287 e 533/326, é preciso, para a



caracterização do estupro, que a não concordância da vítima seja sincera e positiva e que a resistência seja inequívoca, demonstrando a vontade de evitar o ato desejado pelo agente, que será quebrado pelo emprego da violência física ou moral".<sup>24</sup>

A liberdade sexual protegida, em verdade, não poderá ser exercida somente com uma negativa, o simples 'dizer não'. Deverá a vítima utilizar meios eficazes para se livrar do agressor, caso contrário, haverá a absolvição, e a liberdade individual protegida será mais uma vez a do agressor, que, sem as provas necessárias, será absolvido.

É importante destacar estes argumentos e relacioná-los à necessária reação das vítimas de crimes sexuais, por serem contrários aos dos demais crimes em que ocorra violência ou grave ameaça, onde a orientação é de que as vítimas não reajam. Nos crimes sexuais, se a mulher não reagir da forma esperada, deverá haver "cautela na apreciação das declarações da vítima".<sup>25</sup>

Esta dúvida é tradicional quanto às declarações da vítima, que eram assim tratadas no século XIX:

"Quando se trata de uma mulher que sabe o que são as relações sexuais, e que está de posse de suas forças, é impossível acreditar que um homem sozinho consiga cometer um estupro contra ela e que, portanto, deve lutar até a morte para ser acreditada".<sup>26</sup>

Parece que esta concepção ainda não mudou. Depreende-se daí a importância do exame psicológico na vítima, como mais um indício probatório que poderá ir ao encontro da palavra da vítima, independentemente da mulher em 'julgamento' encontrar-se dentro dos padrões determinados culturalmente.

*Considerações finais* É inegável o mal que a violência sexual causa para quem a sofre e, conseqüentemente, para a sociedade; essa constatação, entretanto, parece não ser amplamente considerada pelos operadores do direito quando se trata tecnicamente os processos de crimes sexuais, sem qualquer apego à realidade ou aos problemas

emocionais individuais e sociais advindos da violência, como se esta fosse inexistente ou considerada sem valor jurídico.

Entende-se que seja importante destacar alguns pontos que sempre permeiam os julgamentos dos crimes sexuais e que podem demonstrar o quanto é importante uma nova utilização das provas permitidas pelo Código de Processo Penal. O primeiro ponto está na importância dada à prova material, quando se sabe das inúmeras limitações do exame do corpo de delito para a comprovação do crime. O segundo ponto vige justamente na dúvida sempre instalada em relação à vítima, atribuindo-se valor a sua palavra com base no seu comportamento. O terceiro ponto refere-se à expectativa de reação das vítimas de crimes sexuais, na medida em que sempre se espera uma negativa enérgica, desconsiderando-se o temor pelo agressor e o medo da violência sofrida no ato sexual forçado.

Além disso, há uma certa permissão de que os violadores ou agressores sexuais não sejam culpabilizados, devido ao entendimento de que o seu comportamento não seria condenável, visto que a vítima de algum modo contribuiria para a relação sexual.

As discriminações encontradas nas decisões judiciais analisadas não decorrem somente das leis, mas da interpretação destas. Os operadores do direito acabam por repetir preconceitos há muito tempo encontrados em decisões judiciais, fazendo com que as vítimas permaneçam sendo julgadas, não atentando aos novos princípios de cidadania consagrados na Magna Carta.

O Estado Democrático de Direito instituído pelo texto constitucional dirigente e vinculativo de 1988 exige um novo tratamento dos bens jurídicos no âmbito da sociedade. Mais do que uma nova Constituição, seu conteúdo deve ser visto como um espaço de mediação teórico-política da sociedade. Os princípios constitucionais apontam para a construção de uma sociedade justa e igualitária. Portanto, a norma, a doutrina e a jurisprudência que estiverem em desacordo com preceitos constitucionais devem ser readequadas a esta nova concepção jurídica.

Assim, entende-se que a instrução e o julgamento dos crimes sexuais deverão contemplar o exame psicológico da vítima, por ser este um

meio de prova importante, já que é cientificamente comprovado que as vítimas apresentam seqüelas emocionais passíveis de serem verificadas por um profissional qualificado. Este exame psicológico possibilitará uma melhor análise do processo pelos operadores do direito, dificultando decisões judiciais baseadas em estereótipos e padrões morais e culturais, em função da falta da prova material ou testemunhal.

Apesar de os magistrados não ficarem adstritos ao exame, deverão estes refutar e fundamentar o laudo do profissional caso entendam que não houve crime sexual. O benefício da dúvida ou a falta de provas, normalmente alegados nas absolvições, poderão, em parte, ser supridos por um exame técnico realizado por profissional habilitado. Essa afirmativa encontra respaldo na utilização de laudos nos processos que tramitam nas Varas da Infância e da Juventude de Porto Alegre, nos quais, em caso de violência sexual, é realizado um laudo psicológico nas crianças e adolescentes, contribuindo para a convicção do juiz.

É através desta nova interpretação dos meios de prova admitidos processualmente, que contemplem formas inovadoras de dirimir problemas sociais seculares, que se pretende ver os operadores do direito atuando.

- 1 PIMENTEL, Sílvia SCHRITZMEYER, Ana Lúcia, PADJIARJIAN, Valéria. "Estupro: Gênero e Justiça". In *Cultura & Saúde*, janeiro/março 1999, p. 24.
- 2 GOMES, Luiz Flávio (org.). *Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal*, 4 ed., Editora Revista dos Tribunais, 31/12/2001, p. 380. (Grifo meu).
- 3 Id., p. 380.
- 4 VAZ, Marcia; BENFICA, Francisco Silveira e FRÓES, Karen. "Estudo Epidemiológico Sobre Violência Sexual Contra Mulheres: A Experiência do Departamento Médico-Legal de Porto Alegre/RS". In *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 33, n. 88, p. 101-116, 2000. Estudo comparado de 1063 exames de conjunção carnal realizados no período de janeiro de 1998 a dezembro de 1999.
- 5 BENFICA, Francisco Silveira e SOUZA, Jeiselaure Rocha. *A Importância da Perícia na Determinação da Materialidade dos Crimes Sexuais* (mimeo). Pesquisa realizada por peritos médico-legais no DML de Porto Alegre em 24 processos que tramitaram no período de 1997 a 1999.
- 6 MITIDIEIRO, Ana Cristina. Conforme os dados coletados no Serviço de Atendimento Psicossocial do Departamento Médico-Legal de Porto Alegre no ano de 2000, em um total de 277 casos de violência sexual, 221 vítimas têm entre 0 e 20 anos de idade e 253 são do sexo feminino. Ver também BENFICA, Francisco, VAZ, Márcia, FRÓES, Karen. Op. cit. Na amostra de 1063 exames realizados, 60% dos casos corresponderam à faixa etária entre 11 e 20 anos de idade. NETO, Jorge Andalf; MAITAR, Rosiane e COLÁS Osmar Ribeiro. *Violência Sexual Contra a Mulher – Atualização, Levantamento de Dados do Setor de Sexologia Forense do Instituto Médico Legal de São Paulo – 1995*. <http://www.sogesp.com.br/protocolos/atualizacao/atualizacao22.html>. 16/06/2002. Em 2.403 queixas de abuso sexual, 69,77% (1665) ocorreram em mulheres com idade inferior a 18 anos. FLEMING, J.M. Prevalence of childhood sexual abuse in community sample of Australian women – *Med J Australian* 20; 166: 59-60, 1997. [http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/27\(5\)artigos/art257.htm](http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/27(5)artigos/art257.htm). 16/06/2002. Em estudo desenvolvido na Austrália uma amostra detectou 144 mulheres que referiram ter sofrido abuso sexual. 71% das vítimas tinham idade inferior a doze anos, e 98% dos agressores eram conhecidos da criança, sendo 41% parentes.
- 7 PIMENTEL, Sílvia SCHRITZMEYER, Ana Lúcia, PADJIARJIAN, Valéria. Op. cit., p. 24.
- 8 BENFICA, Francisco; SOUZA, Jeiselaure Rocha: Op. cit.,
- 9 ROVINSKI, Sônia. "Realidade Mensurável". In *Cadernos Themis*, Porto Alegre, n. 1, 2000, p. 58–65.
- 10 ROVINSKI, Sônia. "A Violência Sexual contra as Mulheres e suas Repercussões Psíquicas". In *II Seminário Dos Direitos que se tem aos Direitos que se quer*. Porto Alegre 27/11/2001.
- 11 GRINBLANT, Maira; MARTINS, Marcelo Diogo; SATTTLER, Marli Kath; CAMINHA, Renato Maiato e FLORES, Renato Zamora. "Abuso Sexual: Sugestões e Orientações Jurídicas, Médicas e Psicológicas". In *Revista do Ministério Público*, n. 30, p. 134, 1994.
- 12 ELUF, Luíza. *Crimes Contra os Costumes e Assédio Sexual*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999., p. 27.
- 13 ELUF, Luíza. Op. cit., p. 06.
- 14 VIGARELLO, Georges. *A História do Estupro: violência sexual nos séculos XVI–XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, p. 133-4. (Grifo meu).
- 15 Oito processos analisados no Programa de Advocacia Feminista da Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, onde atuou-se na assistência à acusação, e cinco processos

analisados no Projeto "A Garantia dos Direitos Sexuais das Crianças e Adolescentes", do Programa GRAL – Gênero Reprodução Ação e Liderança, Coordenado pela Fundação Carlos Chagas. Processos números: 100387449, 101568955/101908037/103207644 (apensos), 1397303643, 1197563800, 1398704617, 01397251446, 01398188795, 28-872, 100688200, 100687459, 01396981043, 101451327 e 100688754.

16 EMENTA - Predomina na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que tal presunção é apenas relativa e não absoluta e pode ceder à prova de que a vítima não se mostre inocente, ingênua, totalmente desinformada a respeito de sexo, ou quando é desonesta ou corrompida. (1ª Câmara Criminal TJRS, 1998 – Acórdão 698063872 – Rel. Nilo Wolff)

17 ROVINSKI, Sônia. Op. cit., p. 65.

18 FONTANA, Milton. "A Aplicação da Pena". In *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 33, n. 89, p. 41, 2000.

19 Ver nota 17 *supra*.

20 FONTANA, Milton. Op., Cit., p. 43.

21 Ver nota 17 *supra*.

22 BONETTI, Alinne, *Sobre Violência Sexual: Trilhando Alguns Caminhos*, 2002 (mimeo).

23 BONETTI, Alinne. Op., cit.

24 STRECK Lênio. "O Ideal Normativo da Masculinidade". In *Cadernos Themis*, Porto Alegre, n. 1, p. 43, 2000.

25 STRECK, Lênio. Op. cit., p. 44.

26 VIGARELLO, Georges. Op., cit., p. 146-7.

# PARA UMA CRÍTICA DA RAZÃO ANDROCÊNTRICA: GÊNERO, HOMOEROTISMO E EXCLUSÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

Rosa Maria Rodrigues de Oliveira

*Introdução* Este artigo<sup>1</sup> investiga, nos marcos da teoria feminista, a influência do *androcentrismo na ciência jurídica* e avança para sua conexão com as exclusões produzidas sobre a figura do *homossexual*.<sup>2</sup> Procuramos demonstrar, em primeiro lugar, qual fundamentação filosófica permitiu que esta particular forma de ver o mundo exclusivamente a partir de valores masculinos estendesse seus efeitos à ciência do direito, proporcionando um caráter naturalizado e com pretensão científica a uma opção ideológica que redundou na exclusão das relações entre pessoas do mesmo sexo da esfera protetiva prometida pelo moderno Estado de Direito. As raízes da segregação atravessam a tradição ética ocidental e serão abordadas no primeiro item deste estudo.

A seguir, no segundo tópico, o enfoque androcêntrico sobre a ciência do direito é enfocado através do emprego da categoria *gênero* como instrumento para análise do fenômeno jurídico. A partir daí, é possível situar a relação entre o androcentrismo na ciência jurídica e a discriminação concretizada na legitimação histórica de um discurso que justifica a homofobia, condenando moralmente as práticas homoeróticas e enquadrando-as no rol das *anomalias sexuais*.

A terceira parte do artigo examina a influência dos preconceitos incidentes sobre o homoerotismo e seus reflexos na elaboração científica geral e do direito, sob o escudo da *ideologia patriarcal*. Segue-se a necessidade da utilização do conceito de *sociedade patriarcal* levando em conta o cruzamento com a idéia de *sociedade disciplinar* e *panoptismo*, traduzida por Michel Foucault sobre a elaboração de Jeremy Bentham. Ao final, o exame da *igual consideração de interesses* como princípio mínimo de igualdade, proposta por Peter Singer, possibilita travar relação com a defesa da liberdade de expressão e da democratização das relações sociais, seguido dos reflexos que serão produzidos sobre a ciência do direito.

## *1. Princípio da igualdade e raízes da cultura androcêntrica*

*1.1. Igualdade e diferença na antigüidade clássica* Uma das principais características da *sociedade patriarcal* pode ser circunscrita na definição do termo *androcentrismo*, postura segundo a qual todos os estudos, análises, investigações, narrações e propostas são enfocadas a partir de uma perspectiva unicamente masculina e tomadas como válidas para a generalidade dos seres humanos, tanto homens como mulheres.<sup>3</sup> Não há um entendimento único no movimento feminista sobre o uso do conceito de *patriarcado*,<sup>4</sup> mas há consenso quanto à influência da razão androcêntrica sobre a ciência. Tal convencimento é fundamental para investigar o debate filosófico travado ao longo da história sobre o tema da igualdade, a fim de assentar a compreensão da influência do androcentrismo sobre os *valores e idéias* vinculados à distribuição e ao exercício de *poder* na sociedade.

A análise do discurso dos filósofos da Antiga Grécia sobre a igualdade e a diferença, temas ligados não só à democracia e à formação do Estado - domínio do *público* -, mas também à organização familiar, às relações interpessoais, ao processo de subjetivação - terreno do *privado* - da mesma forma revela a influência do *primado androcêntrico* sobre a justificação das desigualdades fundadas nas diferenças *naturais* e permite a compreensão da origem dessa forma de racionalidade e de suas implicações nas relações sociais.

Werner Jaeger toma como objeto de análise a obra de Homero para ilustrar este fato, baseando-se na importância atribuída à *arete* para o pensamento helênico, ao analisar as epopéias *Iliada* e *Odisséia*. Na leitura dos dois textos, o pesquisador alemão vê como “o conceito de *arete* é freqüentemente usado no seu sentido mais amplo, isto é, não se quer designar a excelência humana, como também a superioridade de seres não humanos: a força dos deuses ou a coragem e rapidez dos cavaleiros de raça. Ao contrário, o homem comum não tem *arete*, e, se o destino descende por acaso de uma família de alta estirpe, Zeus tira-lhe a *arete* e ele deixa de ser quem era antes. A *arete* é o atributo próprio de nobreza. Os Gregos sempre consideraram a destreza e a força incomuns como base indiscutível de qualquer posição dominante. Senhorio e *arete* estavam inseparavelmente unidos”.<sup>5</sup>

O *gynécio* perante a *arete* corresponderia, assim, ao “tipo de formação cultural de todas as idades cavaleirescas”, centrado no *culto à beleza feminina*. Os padrões estéticos, contudo, não seriam um atributo isolado. A figura da mulher ultrapassa a “solicitação erótica do homem, [como nas personagens] de Helena ou Penélope, figurando também a posição social e jurídica de dona de casa. As suas virtudes são a este respeito, o sentido da modéstia e o desembaraço no governo do lar”.<sup>6</sup> O *hús* e a *oica*, instrumentos sem os quais não se concebe a dona de casa, caracterizam a vivência feminina na Antigüidade, simbolicamente representando a redução da mulher ao mundo privado.

**1.1.1 Platão e a comunidade de mulheres: idealismo x naturalismo** A obra *A República* aborda a necessidade de igualar a educação entre homens e determinadas mulheres em seu modelo da *polis* governada pela figura ideal do *rei filósofo*. A partir daí, Platão desenvolve a proposta de uma comunidade onde “estas mulheres todas serão comuns a todos esses homens, e nenhuma coabitará em particular com nenhum deles; e, por sua vez, os filhos serão comuns e nem os reconhecerão quem são os seus próprios filhos, nem os filhos, os pais”.<sup>7</sup> Tal sociedade é apresentada como desafio aos governantes: seu objetivo reside na possibilidade de ampliar e manter a coesão interna a partir de uma identidade grupal, e não individual. Esta concepção revela o ponto de vista platônico na elaboração *idealista* de sua ética, ao contrário do de Aristóteles,<sup>8</sup> cuja visão é *naturalista*.<sup>9</sup>



Caberá justamente a Aristóteles o papel de fornecer as condições históricas – com base na observação dos fenômenos naturais e na utilização do método analítico – ao desenvolvimento de um discurso ético excludente em termos de gênero, incluindo aí as suas relações com a *liberdade de expressão sexual*.

A delimitação de papéis sexuais (relação entre os gêneros) e sociais (relação geracional e de servidão), deste modo, não ofende a noção aristotélica de igualdade, que é sustentada na *lei natural* – as coisas e as pessoas *são o que são*, e apenas no contexto de um destino imutável ditado pela natureza: “*alguns seres, ao nascer, se vêem destinados a obedecer; outros, a mandar*”.<sup>10</sup>

#### 1.1.2. O sexo da cidadania e da igualdade na cidade antiga

Aristóteles denominou *economia doméstica* a parte destinada à família, fundamental na medida em que a cidade é parte da natureza, e o Estado, uma reunião de famílias.<sup>11</sup> Este tema trata, sobretudo, das relações de poder *privadas* e seus reflexos na criação da cidade. O filósofo descreve os elementos da economia doméstica no Capítulo 02 do Livro Primeiro da *Política*, equivalendo-os aos *da família*, a qual, para ser completa, deve compreender escravos e indivíduos livres. Discrimina, para tanto, as pessoas em três classes, a fim de melhor delimitar os papéis de cada uma delas: “de um lado, a autoridade do senhor, depois a autoridade marital, (...) em terceiro lugar a procriação de filhos (...)”.<sup>12</sup>

Para Aristóteles, a natureza corresponde à “reunião das condições de existência, das faculdades e dos meios, é o objetivo dos seres, e determina o modo e o último grau de desenvolvimento que eles estão destinados a atingir”.<sup>13</sup> Sendo a grande virtude política a ‘arte de saber obedecer e mandar’ - a *boa vida* era a *política* –, o cidadão será o sujeito responsável pelo exercício dos cargos públicos. Ora, o *uso da palavra* é característico da participação de decisão à administração da família, da política e da justiça. Com isso, “as mulheres se acham excluídas da vida comunitária, mais que antes: o status da mulher permanece, na epopeia homérica ou na poesia arcaica, mais favorável que na Atenas democrática. *A maior virtude de uma mulher, diz Péricles, é saber se calar*. Numa civilização da palavra, isso não é lá muito gratificante”.<sup>14</sup>

Pode-se afirmar, a partir daí, que a *visão androcêntrica*<sup>15</sup> evidencia o propósito da *ética naturalista*. Esta visão do passado predomina até a atualidade, implicando a dinâmica das relações de poder balizadas pelo gênero, independentemente do modo de produção econômico ou de organização social, o que desvenda seu caráter de *arbitrário cultural*.<sup>16</sup>

*1.1.3. O poder mediado por Eros* As práticas homoeróticas na Antigüidade eram admissíveis aos jovens cidadãos adolescentes no contexto de sua iniciação na vida sexual e política, e, como tal, desprovidas da mesma carga ideológica que atualmente oblitera sua livre expressão.<sup>17</sup> É assim que, nas obras *Lísis* e *O Banquete*, Platão abordará, com *Eros*, o mundo do 'Belo Supremo' e a idéia do 'Bem' como 'virtudes éticas ligadas ao ideal de conhecimento'. Nas palavras de Werner Jaeger, a idéia central do *Banquete* de Platão prende-se justamente à "união do *Eros* e da *paidéia*".<sup>18</sup> *Eros* desempenha, em relação aos sentimentos e às emoções, o mesmo papel de intermediário que as entidades matemáticas representam para a vida intelectual. A construção do conhecimento constitui, no platonismo, uma conjugação de intelecto e emoção, de razão e vontade: a *episteme* é fruto de inteligência e de amor.<sup>19</sup>

Platão vê no Estado, primordialmente, *uma força educadora*. O sentido de amizade para o filósofo reside, então, numa *forma fundamental* de toda comunidade humana que não seja puramente natural, mas sim uma *comunidade espiritual e ética*.<sup>20</sup> A idéia da *philia* grega, deste modo, deve ser compreendida no contexto do desenvolvimento do *conceito de amizade*, de onde surgiu todo o movimento ético proclamado como uma contribuição fundamental para solução dos problemas do Estado. O que está por trás da idéia de um *primeiro amado*, fonte de toda amizade entre os homens, em virtude do qual amamos tudo o mais, será o supremo valor que o 'Bem' encerra em si.<sup>21</sup> W. Jaeger recordará, no *Banquete*, o discurso apaixonado de Alcibiades, que fora recusado como discípulo, reconhecendo aí que Sócrates, colocado no lugar do *bem amado*, encarnaria o próprio sentido que Platão quis dar ao *Eros* – o de convertê-lo na própria *Filosofia*.<sup>22</sup>

Contudo, restringir as relações sexuais entre homens na Antigüidade Clássica a meras celebrações de ritos iniciáticos resultaria em igual equí-

voco, na opinião de Maurice Sartre. Pela análise dos mitos, foi observado que tal aspecto surge apenas em dado período histórico, limitado a algumas cidades gregas, deixando-se revelar precariamente em outras cidades. Para M. Sartre, a pólis grega, ao menos nas classes dirigentes, vivia “efetivamente uma atmosfera de erotismo masculino que por certo ajuda a compreender os aspectos sexuais dos ritos iniciáticos, mas os ultrapassa”.<sup>23</sup>

Maurice Sartre salienta, ainda, que o fato de ser a homoeroticidade grega uma prática reconhecida (embora os efeminados e prostitutas fossem desprezados) e mais valorizada do que as conquistas femininas implica, igualmente, a exclusão das mulheres “nas cidades gregas: nenhum lugar lhes é reservado nas manifestações da vida social, das quais estão ausentes mesmo quando pertencem a um meio favorecido”.<sup>24</sup> Esta “ética do senhor” será constituída pela *razão que ordena: a psukhé* do senhor tem seus reflexos na cidade, portanto ele deve dominar por intermédio do *logos* as paixões de sua alma, para só então saber dominar sua mulher, seus filhos, seus concidadãos, seus escravos, segundo Philippe Julien.<sup>25</sup> Serge André também reflete sobre a *exclusão do feminino*, destacando que não é o fato em si de manter relações sexuais com um parceiro do mesmo sexo que será afetado pela interdição, *mas aceitar uma posição passiva quando se é um homem livre*. Importante é preservar o *ideal viril do cidadão* e a *liberdade do senhor*, ou seja, *não ser escravo, não ser passivo*, na medida em que a escolha sexual adquire um caráter secundário em relação a essa preocupação essencial.<sup>26</sup>

*1.2. Igualdade no mundo feudal* Com a queda do Império Romano e a ascensão da Igreja Católica ao poder, as instituições religiosas passam a sustentar ideologicamente as relações no interior da sociedade medieval, expressas num juramento de fidelidade que há muito permeava o *ethos* da classe dominante feudal. Bispos e abades eram muitas vezes senhores feudais, o que colocava o poder eclesiástico como centro de uma força onipresente no desenvolvimento financeiro e jurídico da época. Detentora de grande parte dos latifúndios, a Igreja estava comprometida com a manutenção do regime, “e com toda sua autoridade auxiliou na repressão das revoltas dos camponeses que varreram o continente [europeu]”.<sup>27</sup>

1.2.1. *O dualismo corpo/alma* Destarte, o conceito de *mulher*, fortemente influenciado pela ideologia católica, assume significação inseparável “de uma metafísica que abominava a corporificação; (...) a natureza superveniente é, de acordo com este modo de pensamento, indistinguível da forte suspeita dos signos corporificados – das representações”.<sup>28</sup> Como sustenta Filon Judeu, o surgimento da mulher é sinônimo não só da nomeação das coisas, mas também da perda – dentro da linguagem – do literal: ‘Mandou, pois, o Senhor Deus um profundo sono a Adão; e, enquanto ele estava dormindo, tirou uma de suas costelas’ (Gen. 2,21), e o que se segue. Essas palavras em seu sentido literal são da natureza do mito. Pois como poderia alguém admitir que uma mulher, ou qualquer ser humano, viesse a existir a partir da costela de um homem?<sup>29</sup> A *ética sexual estóica* responderá, com isso, à necessidade de legitimação social à qual a cristandade foi exposta, perante a escolha em ver o corpo como *boa criatura de Deus*. A sexualidade, para tanto, foi encarada no sentido *da reprodução e não do prazer*, conforme os traços ascéticos passíveis de dedução da interpretação paulina. O Novo Testamento, marcado pelo pensamento hebraico, segundo o qual *não existiria separação estrita entre corpo e alma*, viu tal concepção ser paulatinamente substituída por idéias dualistas de corpo/alma, corpo/espírito, de cunho aristotélico, provenientes do mundo greco-romano. “Ao corpo disciplinado do homem correspondia o corpo tutelado da mulher e o corpo oprimido da criança”.<sup>30</sup>

Elisabeth Moltmann-Wendel e Ina Praetorius explicam que a visão teológica do corpo *como sede da alma* implicou extrema ambivalência ao tratamento a ele conferido pelo cristianismo, pois no feudalismo “a ideologia cristã professa a fé num Deus que se tornou carne – algo inaudito na cultura hostil ao corpo de então, onde a salvação do mundo seria de esperar muito mais da superação da corporalidade, e nas narrativas de cura do Novo Testamento *são especialmente os corpos discriminados de mulheres que são curados*. Por outro lado, evoluiu no cristianismo uma prática e uma ascese de hostilidade ao corpo [feminino], como também em suas fronteiras a perseguição às bruxas”.<sup>31</sup>

Um estudo realizado pela historiadora Lúcia Bellini mostra de que forma a Inquisição portuguesa perseguiu as mulheres então denominadas *sodomitas* no Brasil colonial. Segundo a pesquisadora, “*diversos estudos*

[...] fazem referência à associação entre feitiçaria e práticas sexuais desviantes”, mas encontra-se material suficiente para uma investigação específica quanto à “sodomia cometida entre mulheres”, o que motivou a autora a concentrar-se neste aspecto da repressão inquisitorial. Outro fato que desperta interesse é o tratamento historicamente dispensado à figura feminina no ocidente cristão, como um “[...] objeto ambíguo, ao mesmo tempo angelical e especialmente lascivo, [...] tema enigmático que confundiu quem procurou entender seus vícios; dos doutores da teologia moral ao mais modesto confessor e aos legisladores laicos. Especificamente em relação à sodomia, o uso de critérios que tinham a anatomia masculina como referência e a falta de um vocabulário e conceitos precisos obscureceram as tentativas de compreender o modo como podia ser cometida entre mulheres.”<sup>32</sup>

Jeanine Philippi ressalta o momento histórico vivido entre os séculos XIV e XVI, quando, ao lado das crenças androcêntricas sobre o bem e o mal adotadas como *verdades irrefutáveis* e da condenação à morte das “mulheres ‘possuídas’ acusadas de praticar feitiçaria”, observou-se um “renascimento das discussões eruditas em torno das artes e das ciências”, o que contribuiu para intensificar a disputa com as “forças reacionárias comprometidas com a unificação ideológica de um poder político fortemente pautado na intolerância para com os signos de um novo mundo que se descortinava”.<sup>33</sup>

*1.2.2. Imaginário iluminista e a ‘ficção da igualdade formal’*  
O mundo moderno, inaugurando o uso da razão instrumental, rompe com a “idéia de uma ordem universal, sustentada na hierarquia ‘natural’ dos seres”. Esta ruptura implica reposicionar, no entender de Jeanine Philippi, “o problema da legitimidade da obediência às leis em termos dos fins e valores que norteiam a convivência humana. A derrota dos argumentos divinos justificadores do poder do homem sobre o homem acabou por transportar para o campo da ética a discussão – anteriormente remetida à religião ou à natureza – acerca da fundamentação dos sistemas jurídicos estatais”.<sup>34</sup> Conforme Jeanine Philippi, ao menos teoricamente, “o ordenamento legal derivou de um contrato celebrado entre indivíduos livres e iguais, cujas aspirações materializavam-se, normativamente, na expressão concreta da vontade da maioria. [...] Desse modo, a norma jurídica converteu, a partir da ficção da

igualdade formal, o indivíduo em sujeito do direito, conclamando-o, igualmente, como seu autor”.<sup>35</sup> A autora considera, não obstante, que “a contradição interna do projeto de modernidade é claramente demonstrada no descumprimento de suas promessas, bastando observar os elevados índices de miséria, violência e discriminação que caracterizam seu atual estágio de desenvolvimento, onde os indivíduos, identificados como sujeitos do direito, não são autores de suas histórias e nem tampouco comungam o estatuto de seres livres e iguais”.<sup>36</sup>

O fato de os ideais de igualdade, liberdade e dignidade não resistirem ao impacto da cultura androcêntrica sobre a ciência jurídica pode ser ainda observado na leitura de um dos maiores teóricos contratualistas: Emmanuel Kant, ao abordar, na obra “Doutrina do Direito”, a parte destinada ao Direito Privado, assevera *a maneira de ter alguma coisa exterior como sua*, com a possibilidade da *posse jurídica de uma pessoa*, enquanto *parte dos bens de alguém*, por exemplo: a posse de *uma mulher*, de *uma criança*, ou de *um escravo*. Kant reafirma que a prevalência da autoridade masculina não prejudica a igualdade, pois é derivada da *superioridade de gênero*, expressamente admitida como *natural* em relação ao gênero feminino.

Quanto ao conceito de cidadania, Kant postula que “a faculdade do sufrágio, por si só, constitui o cidadão. Essa faculdade supõe no povo a independência daquele que quer não somente fazer parte da república, mas também ser membro ativo, isto é, tomar parte na comunidade, dependendo tão-somente de sua própria vontade. Esta última qualidade torna necessária a distinção entre o cidadão ativo e o cidadão passivo, ainda que a noção deste último pareça contradizer a definição da noção do cidadão em geral”.<sup>37</sup>

Uma vez que o direito ao voto definiu a condição básica para consideração do ser humano (masculino) como cidadão nos fundamentos do Estado Moderno, pode-se afirmar que o princípio da igualdade comporta um paradoxo em sua origem, com base nas justificações vinculadas fundamentalmente à noção de *natureza*. E, não obstante isoladas manifestações de solidariedade de importantes personagens masculinos da história,<sup>38</sup> o direito à educação e ao voto – portanto ao pleno *exercício da cidadania*, com todas as suas implicações restritivas

- foi objeto de disputa por muitos anos ainda até que fosse reconhecido como passível de fruição pelo gênero feminino.

*2. Androcentrismo na Ciência Jurídica e crítica feminista* Para compreendermos a razão subjacente aos diversos mecanismos de controle social – jurídicos, sociais, religiosos - que ora sustentam, ora estão ancorados no androcentrismo, é preciso recuperar o sentido de uma *análise de gênero* sobre a ciência jurídica.

Vimos que o liberalismo clássico, fundamento teórico das revoluções que deram início à fase moderna do estado, muito embora abrigando os ideais de *igualdade e liberdade para todos*, constituiu uma estrutura centrada em desígnios que não alcançaram a totalidade das diferenças entre as pessoas que compõem a complexa malha social moderna, excluindo ao longo da história grande parcela de seus componentes da condição de sujeito de direitos, seja por questões de classe, raça, gênero ou expressão sexual.

Assim é que a idéia liberal de cidadania partiu da “definição dos seres humanos como agentes autônomos e racionais, cuja existência e cujos interesses são ontologicamente prévios à sociedade”. Com isso, “as necessidades e capacidades dos indivíduos são concebidas como se fossem independentes de qualquer condição social ou política imediata. O que conta é que entendamos os seres humanos como indivíduos racionais, com seu próprio valor intrínseco”.<sup>39</sup>

Os direitos individuais serão tratados na medida de sua correspondência com determinada visão dicotômica de um âmbito privado distinto do público, no qual será vedada a intervenção estatal. A *noção liberal do privado* originalmente, então, abarcou justamente o que Mary Dietz afirma ter sido denominado a “esfera da mulher como propriedade do homem”, num claro propósito não só de resguardar-se da intervenção no âmbito público, como também de manter fora da vida pública personagens que historicamente habitaram exclusivamente o mundo privado.<sup>40</sup>

*2.1. Gênero como categoria de análise* O uso do termo *gênero* começa a fazer sentido a partir dos anos 70, com a elaboração

feminista anglo-saxônica em referência à *organização social da relação entre os sexos*. Joan Scott entende que a rejeição ao determinismo biológico influenciou a utilização do termo, uma vez que as palavras “*sexo*” ou a expressão “*diferença sexual*” guardavam implícita esta concepção. A palavra introduziria uma “noção relacional em nosso vocabulário de análise. Segundo esta definição, as mulheres e os homens seriam definidos reciprocamente e nenhuma compreensão de um deles podia ser alcançada por um estudo separado”.<sup>41</sup>

A autora lembra o seu emprego para a transformação dos *paradigmas no interior de cada disciplina*. Ou seja, o *gênero* se tornaria fundamento para um *reexame crítico das premissas e dos critérios do trabalho científico existente*, daí sua preciosidade para as pesquisadoras feministas da época. Do ponto de vista das historiadoras feministas, a análise de gênero igualmente só seria possível a partir de uma nova concepção de história, e a maneira como a experiência feminina seria incluída *dependia da medida na qual o gênero podia ser desenvolvido como uma categoria de análise*.

**2.2. Controvérsias acerca do uso do termo gênero** O debate feminista em torno dos usos da expressão ‘gênero’ destaca sua consideração como *atributo de indivíduos*, apoiado por um amplo conjunto de estudiosas, enquanto para outras autoras, o atributo de *regulador social*. Na primeira vertente, encontram-se as escritoras que provêm da psicologia e de outras disciplinas sociais, permeadas pelo individualismo metodológico, e para quem a sociedade é somente um agregado de indivíduos. Na segunda vertente – holista – predominam as provenientes da sociologia, da ciência política, antropologia e história, que supõem que a sociedade é algo mais que o conjunto dos indivíduos.<sup>42</sup>

Joan W. Scott aborda a polêmica entre os termos *igualdade e diferença* no contexto da discussão quanto à exclusão das mulheres do ponto de vista da *estrutura de argumentação paradoxal*<sup>43</sup> - que caracterizaria historicamente a elaboração teórica feminista:

“[...] as feministas desafiaram a prática de excluir mulheres da cidadania, argumentando que não havia ligação nem lógica nem empírica entre o sexo do corpo e a aptidão pelo engajamento político, e que as diferenças de sexo não sinalizavam maior ou menor capacidade social, intelectual ou política. Seus argumen-



tos, que eram rigorosos e convincentes, [...], *também eram paradoxais*, isto é, a fim de protestar contra as várias formas de segregação que lhes eram impostas, as mulheres tinham de agir em seu próprio nome, invocando, dessa forma, a mesma diferença que procuravam negar”.<sup>44</sup>

A autora prossegue, considerando a polêmica que envolveu a “busca por uma definição abalizada de gênero” como “dilema sem saída” com o qual as feministas tiveram que se deparar – materializado na forma de “debates sobre ‘igualdade’ ou ‘diferença’: serão as mulheres iguais aos homens, fato do qual decorreria a única base para se poder reivindicar direitos? Ou serão seres diferentes e *por causa ou apesar das diferenças*, com direito a igual tratamento?”. Scott ressalta que a aceitação da dicotomia acarreta a desvantajosa qualidade de conferir “identidades fixas e análogas a homens e mulheres”, reforçando de forma subreptícia “a premissa de que pode haver uma definição oficial e autoritária de diferença sexual. Em consequência disso, é aceito como pacífico que diferença sexual é um fenômeno natural – reconhecível, mas imutável, quando na verdade não passa de um daqueles fenômenos indeterminados (tais como raça e etnia), cujo significado está sempre em discussão”.<sup>45</sup>

Tal dicotomização, segundo a historiadora, criou uma importante dificuldade teórica para a análise feminista, na medida em que a indefinição do que se possa considerar *diferença sexual* implicou a contradição nas reivindicações feministas por direitos. As feministas francesas, em particular, viram-se, ao longo da história, obrigadas a enfrentar a discussão entre igualdade ou diferença, a que não haviam dado causa, buscando anular os termos usados para discriminá-las. Assumiram, no entanto, “a identidade grupal que lhes atribuíam, embora recusassem a aceitar as características negativas que vinham a reboque disto, a exemplo, noutras circunstâncias históricas, dos negros, dos judeus ou dos maometanos. Essa afirmação de identidade por meio do grupo acentuou-lhes, sobremaneira, a relevância na área política, isto é, como grupo, era impossível declarar as propostas feministas politicamente irrelevantes”.<sup>46</sup>

A autora propõe, com isso, a “desconstrução da oposição *igualdade versus diferença*, que iniciara com Olympe de Gouges”, na intenção de

repensar a história do feminismo, tomando como ponto de partida o exame de certas campanhas pelos direitos políticos da mulher na França de 1789 a 1944. Tal estudo mostra-se indispensável para refutação da visão freqüentemente assumida ao final do século XX de que “as feministas invariavelmente exigiam com insistência ou *igualdade* ou *diferença*, e que qualquer desses enfoques seria (e ainda é) uma estratégia tão bem sucedida quanto a outra”.<sup>47</sup>

Interessante é a forma como Geneviève Fraisse analisa este debate, deslocando para a *identidade* a oposição ao termo *diferença* situação mais bem posta no contexto do que a autora chama de *situação aporética*, com todo rico significado filosófico que a desarticulação implica. A autora propõe, em síntese, a aporia *identidade-diferença* e a combinação *igualdade e diferença*, utilizando a expressão *paridade de gênero* a fim de designar a junção dos termos *igualdade e diferença* na linguagem política.

**2.3. Androcenrismo na Ciência Jurídica** Michel Löwy anota que, nas ciências sociais, o componente ideológico sempre se fará presente, condicionando a *escolha do objeto*, a *argumentação científica*, a *pesquisa empírica*, o *grau de objetividade atingido* e o *valor cognitivo do discurso*.<sup>48</sup> A pretensão de objetividade absoluta implicaria obrigar a (o) cientista ao abandono de seus valores, preconceitos, ideologia – exigência hoje considerada “*coisa do passado*”, no dizer de Hannah Arendt, não só no campo das ciências humanas, como também no das ciências naturais, a partir da figura do *observador como parte das condições do experimento*.<sup>49</sup> Sondra Farganis, por sua vez, concebe a ciência como *forma de discurso*, que, como tal, está sujeito a *definições de termos*, *delineação de normas e formulação de critérios* que vão ser dados em virtude do que vale como conhecimento e de quem é considerado como autoridade. Fundamental é perceber-se que *todo discurso é sempre político*, e portanto, suas *fronteiras e valores* dependerão de quem o elabora.<sup>50</sup>

Neste sentido Luís Alberto Warat examina a ciência jurídica, quando a afirma como um *discurso que determina um espaço de poder*. Como tal, esta sempre será “obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação

social". Para Warat, as *subordinações cotidianas e a visão conformista do mundo que fundamenta a sociedade instituída* são plenamente satisfeitas pelo caráter enigmático, coercitivo e canônico que o conhecimento do direito possui. A conseqüente massificação dos indivíduos, advinda do uso das *ficções e fetiches* atribuídos à ciência do direito, desloca de forma perene os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os, assim, menos visíveis.<sup>51</sup>

*2.3.1. A Análise do fenômeno legal mediante o uso da categoria gênero* Se reconhecemos o direito como discurso e refutamos o androcentrismo no mundo jurídico como uma *ideologia a ser superada*, levando em conta o conceito *gênero* como *categoria de análise*, verificamos que o problema permanece sem solução ao admitirmos unicamente uma 'extensão de direitos partindo do homem para a mulher'. Situando o *enfoque androcêntrico* sobre a ciência jurídica e seus reflexos sobre a noção de igualdade perante a lei, Alda Facio considera que, muito embora a produção legislativa específica (por exemplo no campo dos direitos reprodutivos das mulheres) lhes confira certa proteção especial, permanece redutora da idéia de *igualdade jurídica*, na medida em que a *discriminação sexual*, com tal iniciativa, jamais poderá ser eliminada. Esse entendimento, ao contrário, restringiria a noção de igualdade entre os sexos perante a lei a uma "equivalência a tudo o que não é relacionado com a reprodução da espécie e uma diferença da mulher em relação ao homem em tudo o que é relacionado com essa única função".<sup>52</sup>

Sobre os reflexos do androcentrismo sobre a noção de igualdade perante a lei, Alda Facio toma a definição da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres - CEDAW - para fundamentar sua metodologia de análise do fenômeno legal, focalizando a definição de *discriminação contra a mulher* postulada no artigo 1º daquele documento.<sup>53</sup>

Segundo Alda Facio, para que a análise de gênero do fenômeno legal seja completa, é preciso levar em consideração o preceito contido na CEDAW, cuja noção de "lei discriminatória" não exige que esta formalmente o seja, mas que *seus efeitos resultem em discriminação*. Para a autora, é insuficiente considerar que só há discriminação legal quando

a redação da norma é discriminatória, ou seja, quando o *componente formal-substantivo* é atingido. Tal concepção restringe o conceito de direito, que deve ser ampliado de modo a compreender os outros dois componentes (estrutural e político-cultural), pois uma legislação aparentemente neutra está suscetível não somente a interpretações ou aplicações tendenciosas, como também a uma assimilação pela população de acordo com os valores, costumes e preconceitos da mesma.<sup>54</sup>

### 3. O homoerotismo perante o ordenamento jurídico

#### 3.1. *A moderna scientia sexualis e a invenção do homossexual*

Ao considerar a construção cultural e histórica da sexualidade, Jurandir Freire Costa se refere à invenção da terminologia homossexual em contraponto à heterossexualidade normalizada como “uma consequência inevitável das exigências feitas à mulher e ao homem pela sociedade burguesa européia”.<sup>55</sup> Assim, o *one-sex model* médico cooperará para considerar os homossexuais durante anos como enfermos. O referente da identidade sexual é dado exclusivamente pela aparência da genitália externa e pela identificação dos órgãos do aparelho reprodutor.

Carlos Augusto Peixoto Jr. enfatiza a “importância de todo um discurso sobre a sexualidade que começa a se construir há pelo menos trezentos anos e que desemboca no saber psiquiátrico sobre a perversão sexual dos séculos XIX e XX. (...) Segundo Lantieri Laura, o termo *perversão* surgiu em 1444, advindo do latim *perversio*(...)”.<sup>56</sup> O verbo *pervertere* assumiu, num primeiro momento, a acepção de *retorno* ou *reversão*, para logo significar um *retorno deplorável*, conduzindo a expressão a carregar uma conotação pejorativa em sua gênese. Apenas a partir do século XIX, a expressão passa “a ser empregada também no vocabulário técnico da medicina. A *perversio* passará a designar noções como a de *perversão moral*, cujo fundamento centra-se na noção de uma *natureza instintiva e implica uma degeneração mental calcada na idéia de loucura moral*”, segundo o autor.<sup>57</sup> Para tanto, o conceito de *instinto sexual* servirá como elemento de sofisticação da nascente ciência sexual. No terreno da sexualidade, segundo Jurandir Freire Costa, será estimulada a crença num “*dado biológico*

da diferença sexual, que se traduzia na diversidade das emoções, sensações, sentimentos, inclinações, [...] características psíquicas, morais ou sociais dos homens e mulheres”.<sup>58</sup> As práticas homoeróticas serão assim entendidas a partir das ideologias jurídico-médico-psiquiátricas do século XIX, quando, “inicialmente, [a homossexualidade é] definida como uma *perversão do instinto sexual* causada pela degenerescência de seus portadores e, depois, como um atraso evolutivo ou retardamento psíquico, manifestos no funcionamento mental feminino do homem”.<sup>59</sup>

A antropóloga Miriam Grossi ressalta que na “[...] cultura ocidental [...] costumamos associar a sexualidade ao gênero, como se fossem duas coisas coladas uma a outra. [...] se costuma classificar os indivíduos que mantêm relações sexuais e/ou afetivas com outros do mesmo sexo como homossexuais, uma categoria que remete imediatamente no imaginário ocidental à idéia de doença, perversão ou anormalidade. Creio importante salientar que a sexualidade, isto é, as práticas eróticas humanas, é também culturalmente determinada. [...] De uma forma simplificada diria que [...] *identidade de gênero* é uma categoria pertinente para pensar o lugar do indivíduo no interior de uma cultura determinada e que sexualidade é um conceito contemporâneo para se referir ao campo das práticas e sentimentos ligados à atividade sexual dos indivíduos”.<sup>60</sup>

*3.1.1. Michel Foucault e a constituição do 'saber-poder-prazer'*  
Se procurarmos compreender o sentido da relação entre os “significantes *perversão e sexual*, e o significado do aparecimento da sexologia oitocentista”,<sup>61</sup> é inevitável a referência a Michel Foucault, que procurou, na obra *História da Sexualidade*, em primeiro lugar, fugir da visão que o senso comum impôs acerca da denominada *hipótese repressiva*. É assim que, segundo Foucault, *a colocação do sexo em discurso* nega a *hipótese repressiva*, não para afirmar a sua inexistência, mas para reforçar a importância da colocação em evidência daquele, propiciando ao máximo o desenvolvimento das *técnicas polimorfias de poder*<sup>62</sup> sobre o sexo, que obedecem a um mecanismo de disseminação e implantação das *sexualidades polimorfias*, onde a *vontade de saber* coopera, ao invés de ser detida, na construção de uma *ciência do sexual*.<sup>63</sup>

O 'saber sobre o sexo em termos de poder sobre os corpos' corresponde, então, ao exercício de poder que a moderna *scientia sexualis* implicou sobre os corpos e a sexualidade, muito mais pela *proliferação dos discursos sobre o sexo*, do que pela sua repressão. Era assim que se procurava *não mais dizer a verdade sobre o sexo, mas impedir que ela se produzisse nele*. O fundamental para Foucault é *o uso do discurso para produzir verdade ou falsidade* – “é, primeiro, que tenha sido construído em torno do sexo e a propósito dele, um imenso aparelho para produzir a verdade, mesmo que para mascará-la no último momento”.<sup>64</sup> Durante os séculos, em nome da procura pela verdade, coube aos ocidentais a invenção dos inúmeros procedimentos ordenados essencialmente segundo uma *forma de poder-saber* rigorosamente oposta à arte das iniciações e ao segredo magistral orientais, que é a *confissão*.<sup>65</sup> Michel Foucault analisa, assim, a “formação de um certo tipo de saber sobre o sexo, não em termos de repressão ou de lei, mas em termos de poder”. Os *fenômenos próprios à vida humana* serão assim introduzidos na ordem do saber e do poder, e seu deslocamento ao terreno das *técnicas políticas* será sobreposto em importância ao papel que “uma moral ascética teria tido em toda a primeira formação do capitalismo”.<sup>66</sup> A lei, sempre aliada, como último recurso, à idéia de *morte*, assume cada vez mais o caráter de *norma*. O *bio-poder*, agora, exige a implementação de *mecanismos contínuos, reguladores e corretivos*, integrando de forma crescente a instituição judiciária a seus mecanismos de exercício – médicos, administrativos – cuja função principal será *reguladora*.

O que resulta historicamente de tal tecnologia de poder nucleada na vida será uma *sociedade normalizadora*, segundo Foucault. A sociedade contemporânea será descrita, assim, a partir de seu caráter *disciplinar*, no sentido da institucionalização do controle – “no século XIX, desenvolve-se, em torno da instituição judiciária e para lhe permitir assumir a função de controle dos indivíduos ao nível de sua periculosidade, uma gigantesca série de instituições que vão enquadrar os indivíduos ao longo de sua existência; instituições pedagógicas como a escola, psicológicas ou psiquiátricas como o hospital, o asilo, a polícia, etc. – toda rede de um poder que não é judiciário mas que deve desempenhar uma das funções que a justiça se atribui neste momento: função não mais de punir as infrações dos indivíduos, mas de corrigir suas

virtualidades”.<sup>67</sup> Foucault designa este período como *idade da ortopedia social*. O autor utilizará aquilo que Jeremy Bentham já havia previsto e esquematizado, na forma do *Panopticon* — onde o indivíduo era *observado sem observar*.<sup>68</sup> A partir desta forma de poder, batizada por Foucault de *panoptismo*, que repousa não mais sobre o inquérito, mas sobre a vigilância e o exame, tal saber-poder constituirá a base do que será posteriormente denominado as ciências humanas: *Psiquiatria, Psicologia, Sociologia, etc.*<sup>69</sup> O pensamento do autor aponta, assim, “para a elaboração de uma relação não normatizada (nem normatizável) consigo como alternativa às estratégias de subjetivação do poder disciplinar moderno e do bio-poder — subjetividade como decisão ético-estética, como cuidado de si, e não como objeto de um poder ‘des-cuidante’”. John Rajchman também aponta que o relacionamento que Michel Foucault procurou estabelecer com o *dizer a verdade (Wahrsagen)* o conduziu à seguinte pergunta: “fora dos idealismos morais de nosso bem, não poderemos inventar nenhuma outra verdade sobre nós mesmos, nenhuma outra paixão pela verdade, nenhum outro ‘jogo da verdade’ senão o psicanalítico?”. Para tanto, era essencial que Foucault buscasse investigar, em primeiro lugar, *como o homem ocidental fora levado a se reconhecer como sujeito do desejo*, em busca de uma *nova erótica*, cujo fundamento girava em torno do problema sobre o *amor e a amizade*. Integra-se, à dupla ontologia de saber-poder, um terceiro elemento — o *soi*, o *si mesmo*, o *sujeito*.<sup>70</sup>

*3.2. Sexualidade, moral e direito* Impende esclarecer que estamos concentrando nossa análise sobre os reflexos da segregação à qual a expressão homoerótica é submetida perante a tutela protetiva do Estado, de acordo com a metodologia proposta por Alda Facio, exposta no item segundo, menos do que na ponderação sobre as virtudes ou vícios de uma visão específica sobre a expressão homoerótica — tarefa cujos limites deste trabalho não comporta. Aos objetivos que nos propusemos, todavia, mais vale investigar, como propôs Foucault, as injunções que levaram ao silêncio da normatividade jurídica na presença da expressão do homoerotismo, quando não à sua negação explícita, no outro extremo desta disputa discursiva, provocando, assim, a reflexão quanto às relações entre *sexualidade, moral e direito*.

Carmem Gonzáles situa a moral como *dado cultural*, fundamental para considerar seu caráter de *experiência humana*, portanto histórica,

variável e diversa, o que implica deixar de lado a concepção que lhe confere validade universal e eterna, o que não equivale a negar que ela seja conformada por um conjunto de princípios, valores e normas. Esta constatação leva a crer que há diversos sistemas morais, todos eles sujeitos a mudanças. E, se compreendermos a *ética* como “discurso construído para compreender e fundamentar os assuntos da moral”, não há motivos para justificar que uma e outra se contraponham.<sup>71</sup> As justificativas dos atos livremente decididos perante as normas morais vigentes e aceitas pelo grupo ou comunidade serão formuladas pelo juízo moral de que somos providos. Segundo entende Carmen Gonzáles, porém, o indivíduo é levado freqüentemente a ajustar seus atos a normas jurídicas, ao sistema normativo jurídico. Esta proposição quer indagar como resolver as contradições entre as proposições morais e jurídicas, problema que tem ocupado a filosofia jurídica desde os antigos.

“Definir se a moral deve ser legalizada, quer dizer, se o que se considera bom ou mau deve ser convertido em norma jurídica, ou se o direito deve ser moral, ou seja, fundamentar-se na moralidade, são as questões básicas colocadas ao tema da relação entre direito e moral, somadas à pergunta sobre a obrigatoriedade de um e outro. “*Devo obedecer à norma moral ou à norma jurídica?*”

Em matéria de sexualidade, esta interrogação é fundamental.<sup>72</sup>

Carmem Gonzáles questiona se o *critério moral das maiorias*, postulado por parte da doutrina sobre o tema, pode ser levado em conta pelo direito como justificação moral, “ou seja, as normas jurídicas devem incorporar as pautas morais assumidas ou vividas pela maioria da comunidade, o que significa impor legalmente certas condutas porque, segundo a opinião mais geral, são boas”. Para a autora, esta concepção é inadmissível, pelo fato da democracia *não consistir na imposição da maioria sobre as minorias*, e também porque o acolhimento pela maioria de uma regra moral – em geral obediente a tradições e costumes não racionalizados nem criticados – não significa que traduza o bem das pessoas ou que não gere condutas danosas a outrem.<sup>73</sup>

Ronald Dworkin ilumina tais reflexões, ao abordar o direito à liberdade de expressão no âmbito social e perante o ordenamento jurídico.



Na visão do autor, é necessário levar em conta as idéias da *dignidade humana e igualdade política*, no entendimento da questão. Segundo a primeira concepção, associada à teoria kantiana, “há maneiras de tratar um homem que são incongruentes com o fato de reconhecê-lo de forma completa como membro da comunidade humana, e sustenta que tal tratamento é *profundamente injusto*”. A segunda premissa supõe que:

[...] os membros mais frágeis de uma comunidade política têm direito, por parte do governo, à mesma consideração e ao mesmo respeito assegurado aos membros mais poderosos, de maneira que se alguns homens têm liberdade de decisão, seja qual for o efeito da mesma sobre o bem comum, então todos os homens devem ter a mesma liberdade”.<sup>74</sup>

Assim, a:

“invasão de um direito relativamente importante deve ser um assunto muito grave, que significa tratar um homem [ou uma mulher] como algo inferior a um homem [ou mulher], ou como menos digno de consideração que outros homens [ou mulheres]. A instituição de direitos se baseia na convicção de que essa é uma injustiça grave, e que para preveni-la vale a pena pagar os custos adicionais de políticas sociais [...] que sejam necessárias”.<sup>75</sup>

*3.2.1. Aproximações entre ética e moralidade* Moral e direito são construções humanas e, como produtos históricos, aproximam-se da ética em sua função fundamentadora do moral. O caráter subjetivo do comportamento moral o insere no âmbito relacional, no “contexto de vidas particulares que estão fixadas em certo tipo particular de relações”.<sup>76</sup> Este mundo da parcialidade e das relações privadas tornou-se espaço privilegiado de inserção do feminino, graças à educação diferenciada em termos de gênero.

Para Peter Singer, o tema da *ética prática* também sugere uma aproximação entre *ética e moralidade*.<sup>77</sup> Devemos, para tanto, descartar a noção que leva os *moralistas tradicionais* a defender argumentos em favor de um código específico de moralidade, quase sempre ligado a

proibições quanto ao sexo. Para Singer, “mesmo na era da AIDS, o sexo não coloca, absolutamente, nenhuma questão moral específica”. A preocupação ética do autor distancia-se, portanto, da discussão da *moral sexual* e do seu enquadramento no contexto religioso.<sup>78</sup> Singer destaca que a “questão fundamental dos juízos éticos é orientar a prática” e não atuar como um sistema ideal nobre teoricamente, mas inaproveitável em termos práticos. O autor demonstra ser mais importante levar em conta que “as conseqüências de uma ação variam de acordo com as circunstâncias nas quais ela é praticada” do que procurar definir a ética como um sistema normativo, segundo pretendem os deontologistas. Isso coloca em ordem de preferência o enfrentamento da realidade perante a adesão a ideais que desprezem a experiência prática, o que para Singer é um mérito do utilitarismo (abordagem conseqüencialista).<sup>79</sup> Peter Singer propõe, em síntese, que a idéia de viver conforme padrões éticos corresponda à defesa do modo de vida de cada um, dando-lhe “uma razão de ser”, justificando-o. Todavia, uma justificativa inteiramente baseada em interesses pessoais não é aceitável: “para serem eticamente defensáveis, é preciso demonstrar que os atos com base no interesse pessoal são compatíveis com princípios éticos de bases mais amplas, pois a noção de ética traz consigo a idéia de alguma coisa maior que o individual”. A ética, neste sentido, possui caráter *universal*. Todas as caracterizações do ético, por mais variáveis que sejam, diz Singer, admitem que:

“a justificação de um princípio ético não pode se dar em termos de qualquer grupo parcial ou local. A ética se fundamenta num ponto de vista universal, o que não significa que um juízo ético particular deva ser universalmente aplicável. [...] Significa, isto sim, que, ao admitirmos juízos éticos, extrapolamos as nossas preferências e aversões”.<sup>80</sup>

Peter Singer afirma, contudo, que não pretende demonstrar que o utilitarismo pode ser inferido do aspecto universal da ética, pois existem outros ideais éticos – como os direitos individuais, o caráter sagrado da vida, a justiça – que “são universais no devido sentido e, pelo menos em algumas versões, incompatíveis com o utilitarismo”. O autor adota a postura utilitária como “posição mínima, [...] base inicial a qual chegamos ao universalizar a tomada de decisões com base no in-

teresse próprio". Sua argumentação quer revelar, com isso, a questão do papel que a razão e o argumento desempenham na ética.<sup>81</sup>

3.3. *O discurso jurídico sobre a igualdade e o homoerotismo*  
Norberto Bobbio afirma o paradigma da *igualdade perante a lei* como o princípio mais universalmente aceito entre as várias determinações históricas da máxima que a proclama entre os seres humanos, não importando o tipo de Constituição ou ideologia em que se fundamenta. O preceito segundo o qual *a lei deve ser a igual para todos*, nas palavras do autor, "é antiqüíssimo, e não pode deixar de ser relacionado [...] com o conceito clássico de *isonomia*, que é conceito fundamental, além de ideal primário, do pensamento político grego".<sup>82</sup>

De fato, Konrad Hesse, num estudo sobre o constitucionalismo alemão, equipara os conceitos de *igualdade jurídica formal* com a *igualdade diante da lei*. Este princípio demanda "a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas". O comando igualitário estaria, com isso, sem maiores obstáculos, posto na base do estado de direito.<sup>83</sup> A dificuldade surge na especificação do princípio em sua *materialidade* – neste caso, o direito existente obriga e autoriza os sujeitos "não só sem consideração da pessoa, sem que se trate de seu conteúdo; mas esse conteúdo mesmo deve corresponder ao princípio da igualdade". Isso leva o autor a concluir que a *igualdade jurídica material* "não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual". Resta saber *quais fatos são iguais* e, por isso, não devem ser regulados desigualmente:

"uma valoração que qualifica dois fatos de *iguais* deve, por conseguinte, abstrair das desigualdades existentes que estão na base do conceito; estas aparecem como não-essenciais, os característicos idênticos, ao contrário, como essenciais, e análogo vale para uma valoração que qualifica dois fatos de *desiguais*. A compro-

vação, que vários fatos são iguais ou desiguais refere-se, portanto, à essencialidade ou não-essencialidade dos característicos próprios dos fatos comparados; ela depende do ponto de vista sob o qual a comparação é feita".<sup>84</sup>

A hipótese de Hesse o conduz a enunciar como determinante para a *igualdade jurídica material* a questão dos "[...]característicos a ser considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos, e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre os característicos que devem ser considerados como não-essenciais e *não devem* ser feitos base de uma diferenciação jurídica".<sup>85</sup>

No Brasil, José Afonso da Silva explica que, em geral, "as constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido *jurídico-formal: a igualdade perante a lei*" – que figura textualmente no art. 5º, *caput*, da carta constitucional pátria. O princípio, porém, não deve ser compreendido de forma tão restrita no ordenamento jurídico brasileiro. Ele é fortalecido por outras normas igualitárias que buscam conceder direitos sociais substanciais, ou regras de *igualdade material*, proibitivas de distinções fundadas em determinados fatores, e que vedam *diferença salarial, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência* (art. 7º, XXX e XXXI). As disposições programáticas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, desta forma, possuem o objetivo de *reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III), repelindo qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), e constituem, na visão do constitucionalista brasileiro, "reais promessas de busca de igualdade material".<sup>86</sup>

Deste modo, se considerarmos os princípios esculpidos no Código Civil Brasileiro, na parte referente às definições de *pessoa natural e capacidade jurídica*,<sup>87</sup> em analogia aos princípios fundamentais do estado democrático de direito brasileiro, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos direitos e garantias fundamentais de todos e todas os/as cidadãos/ãs,<sup>88</sup> e ainda face ao princípio do art. 226, § 3º da Constituição da República e sua regulamentação<sup>89</sup> - que

expressamente concebem apenas a união estável *heterossexual* como produtora de efeitos jurídicos próprios de um *casamento* -, poderíamos afirmar que aqueles/as historicamente enquadrados/a pela ciência médica no rol das *anomalias sexuais* encontram-se alijados da consideração de *sujeitos de direitos*, cujos interesses deveriam ser, no mínimo, *igualmente considerados*. Jeanine Philippi considera que isto origina uma *espécie problemática de incapacidade*:

“Para a lei civil, *pessoa* é o titular do direito e *personalidade* é justamente a capacidade de vir-a-ser sujeito das relações jurídicas. Mas, a despeito desta capacidade de direito, a norma jurídica estabelece, igualmente, a capacidade de ação. A primeira não pode ser recusada ao homem, sob pena de despi-lo dos atributos da personalidade. Por isso mesmo, diz-se que o art. 2º do Código Civil Brasileiro abrange todos os indivíduos indistintamente. A capacidade de ação é especificada nos casos particulares em que a capacidade de direito sofre restrições como, por exemplo, a situação do menor ao qual é reconhecida a personalidade, mas não a capacidade de ação. No caso dos homossexuais, impedidos de contrair matrimônio, verifica-se, da mesma forma, uma restrição de direito que cria uma espécie problemática de incapacidade na medida em que os homossexuais, maiores, são considerados, ao contrário dos menores, plenamente capazes de serem responsabilizados juridicamente”.<sup>20</sup>

O descompasso é revelado, ainda, na análise do art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, que veda *distinções de qualquer natureza*, em comparação ao art. 3º, inc. IV, e de onde se depreende a *promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Tais dispositivos poderiam, valendo-nos da visão de K. Hesse, ser interpretados não apenas como um dos objetivos da República, mas também como legítimo enunciado de *característicos considerados não essenciais para uma diferenciação jurídica*.

Se, portanto, num exemplo, o art. 226, § 3º, da CF, que textualmente reconhece apenas a união estável *entre homem e mulher* como unidade familiar para efeitos de conversão em casamento, promove tal discriminação,

minação entre casais hetero ou homoeroticamente definidos, deixa-se de cumprir com determinação sem a qual a República perde de vista seus objetivos. Tal paradoxo acentua-se ainda mais quando o § 4º do mesmo dispositivo constitucional entende como *unidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*, o que tem sido utilizado pelos magistrados em benefício ou prejuízo, conforme sua valoração subjetiva, das disputas envolvendo casais homossexuais, ou a guarda de seus filhos, quase sempre concedida ao parceiro heterossexual que move ação requerendo-a com base nesta condição do ex-cônjuge. Roger Raupp Rios considera, ademais, que o elenco de previsões proibitivas do art. 3º da CF pode ser interpretado analogicamente quanto à *orientação sexual*, hipótese alcançada pela vedação de distinção por *motivos de sexo*. Assim, “a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada *no sexo* da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação”.<sup>91</sup>

### *Conclusão – Igualdade como princípio ético mínimo: para uma crítica da razão androcêntrica*

Peter Singer defende que perquirir uma *base factual* sobre a qual o princípio de igualdade pudesse ser edificado é impraticável. Certamente, diferenças há. Mas este dado não permite a obtenção de “um princípio de igualdade satisfatório, nem uma defesa apropriada contra um adversário da igualdade mais sofisticado do que o racista ou o sexista notórios”.<sup>92</sup> Não há, portanto, nenhuma justificativa lógica que pressuponha a desigualdade na *consideração dos interesses* decorrente do fato de existirem diferenças entre os indivíduos, não importa sua natureza. A reivindicação de igualdade não se baseia na posse de diferenças e, neste sentido, é concebida como um *princípio ético básico*, e não uma “assertiva factual”. Peter Singer retoma a questão do *aspecto universal dos juízos éticos*, propondo que sejam os pontos de vista pessoais ou grupais superados, levando em conta os interesses de todos os que forem por ele afetados. Nas palavras do autor, “isso significa que refletimos sobre os interesses, considerados simplesmente como interesses, e não como meus interesses, ou como interesses dos australianos ou de

pessoas de descendência européia. Isso nos proporciona um princípio básico de igualdade: *o princípio da igual consideração dos interesses*.<sup>93</sup>

O deslocamento provocado por Singer implica considerarmos, nas nossas deliberações morais, que deverá ser atribuído “o mesmo peso aos interesses semelhantes de todos os que são atingidos por nossos atos”. O raciocínio leva, no entendimento de Singer, à *irrelevância* – no sentido de que não podem ser levadas em conta para a formulação de juízos éticos negativos – das questões de intolerância para que se possa produzir uma verdadeira consideração dos interesses em jogo.<sup>94</sup>

O propósito do autor, porém, como vimos, é válido na perspectiva de uma lógica argumentativa, podendo ser tomado como um “princípio mínimo de igualdade, no sentido de que não impõe um tratamento igual”, dependendo da situação a que se refere. A hipótese simplesmente “não permite que a nossa prontidão em considerar os interesses dos outros dependa das aptidões ou de outras características destes, excetuando-se a característica *de ter interesses*”,<sup>95</sup> e é essa abertura que Peter Singer propõe seja enfrentada nas situações em que as preocupações que ali interferem não possam ser igualmente consideradas, onde o autor considera que deve se levar em conta um outro princípio, o *de diminuição da utilidade marginal*.<sup>96</sup> Se este outro princípio for aplicado na *medida necessária*, a *igual consideração de interesses* fará com que a inclinação à justa distribuição de bens seja a opção escolhida na decisão ética a ser tomada. É possível que, fora do campo das hipóteses, ou num cenário de conjugação de contrastes entre miséria, ostentação de riqueza, e corrupção de um governo como o brasileiro, contudo, esse princípio não seja factível. Mas é justamente por isso que Singer alerta para o fato de que este é um princípio *mínimo* de igualdade.<sup>97</sup>

A depender da crescente visibilidade social conferida à defesa de direitos sexuais, impondo, pela correlação de forças e interesses entre os atingidos pela intolerância sexual, o rompimento do silêncio de que padece a ciência jurídica perante o homoerotismo no Brasil, importaria darmos atenção ao que nos diz Peter Singer quanto ao tema em nosso país.

O discurso jurídico, por seu turno, não pode mais centrar-se unicamente numa razão androcêntrica quando a proposição principal do

milênio propugna o respeito à diversidade e à pluralidade.<sup>98</sup> É óbvio que a discriminação racial e de gênero, a xenofobia, a intolerância para com o homoerotismo como legítima expressão sexual, e outras formas de exclusão, não serão superadas por meras alterações legislativas ou doutrinárias, nem tampouco conseguirá ser imposta a tolerância pelo poder judiciário. Todavia, o fato de tais reivindicações forçarem uma reformulação baseada na consideração da *igualdade como princípio ético* não pode ser desconsiderado – sob pena de deslegitimá-lo – por nenhum ordenamento jurídico.

*androcentrismo jurídico*



- 1 Ensaio produzido a partir da dissertação de mestrado apresentada pela autora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela UFSC.
- 2 Utilizamos os termos *homossexualidade e pessoas homossexuais*, em certos momentos deste artigo, ora respeitando as citações de autores que empregaram estas denominações, ora para melhor compreensão do tema que abordamos. Empregaremos, porém, preferencialmente, a elocução *homoerotismo*, escolhida para figurar no título do trabalho por razões que serão mais bem explicitadas no tópico correspondente.
- 3 FACIO, Alda; CAMACHO, Rosalia. *Del Derecho Androcentrico Hacia una Propuesta para un Nuevo Derecho de Familia*. [199-?]. (mimeo).
- 4 "O patriarcado não é, em absoluto, entendido pelas feministas de uma maneira única. Elas foram buscar o conceito em Max Weber, mas no e pelo movimento feminista 'patriarcado' munuiu-se de múltiplos significados diferentes. Kate Millet teve grande influência na maneira de entender o conceito. Para ela o patriarcado como instituição é 'uma constante social que perpassa todas as outras formas políticas, sociais ou econômicas', embora reconheça existirem diferenças históricas e geográficas". SCHOTTROFF, Luise, *Patriarcado*, Apud GÖSMANN, Elisabeth et al., *Dicionário de Teologia Feminista*. Tradução Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 1996. p.p.369-374.
- 5 JAEGER, Werner Wilhelm. *Paidéia – A Formação do Homem Grego*. Tradução Artur M. Parreira. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 26.
- 6 Ibid.
- 7 PLATÃO. *A República*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 152
- 8 O quadro de Rafael, no Vaticano, representando a Escola de Atenas, mostra Platão com os olhos erguidos para o céu, como um idealista, enquanto Aristóteles olha para a terra como um arquiteto que examina o terreno onde irá levantar uma construção. Esta interpretação é dada por Goethe. Ferrater Mora ensina que Aristóteles definiu "a natureza [como a] 'essência dos seres que possuem em si mesmos e enquanto tais o princípio do seu movimento'" Cf. ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. 15. ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 1988. p. 09 e MORA, J. Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, Lisboa: Dom Quixote, 1978, p. 277.
- 9 Jurandir Freire Costa define *ética naturalista* como aquela que *retira "da natureza os fundamentos da vida moral" – o próprio motor do mundo*. No *naturalismo*, as decisões éticas devem ser fundamentadas e demonstradas a partir de "imperativos da vida biológica ou, de modo mais geral, na natureza. A boa vida, nessa concepção, é a resultante da adequação das regras éticas às leis naturais". COSTA, Jurandir Freire. *A Inocência e o Vício: estudos sobre o homoerotismo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992, p. 59.
- 10 ARISTÓTELES, op.cit., 1988, p. 15, §§ 8º, 10º.
- 11 Ibid., p. 12, §§ 4º, 5º e 6º.
- 12 Ibid., p. 14, §§ 1º, 2º.
- 13 Ibid., p. 172, nota 7.
- 14 Folha de São Paulo, Caderno mais! de 31/10/99, p. 5, entrevista com Jean-Pierre Vernant.
- 15 "A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la". Cf. BOURDIEU, Pierre; *A Dominação Masculina*. Tradução Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 18.
- 16 Aqui, toma-se o conceito presente em P. Bourdieu e J. C. Passeron, que afirmam: "todo poder que chega a impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão na base de sua força, acrescenta sua força simbólica a estas". Isto

implica afirmar-se que toda ação pedagógica objetiva-se em violência simbólica. A relação de força entre as classes sociais afundadas fundamenta o poder arbitrário, sendo esta uma condição necessária para instalação e imposição de um arbitrário cultural conformado segundo o modelo de imposição e de inculcação resultantes no processo educacional tradicional. Assim, segundo BOURDIEU, “toda ação pedagógica é objetivamente violência simbólica enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um arbitrário cultural”. (Grifamos). Cf. BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A Reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. p. 19.

- 17 As práticas homoeróticas nem ao menos possuem denominação na Grécia Antiga. Serão assim entendidas a partir das ideologias jurídico-médico-psiquiátricas do século XIX. J. Freire Costa explica ainda que a “relação ‘pederástica’ não coincide com a moderna relação ‘homossexual’”. No mundo helênico há “um Eros múltiplo, heterogêneo, sem contrapartida no imaginário de hoje”, voltado ao desenvolvimento da *virtude*. O exercício da sexualidade entre os homens, assim, seria *draconianamente regulado*. O que estava em jogo era a educação do cidadão, portanto, toda conduta que evocasse passividade e excesso era considerada indigna. Os amantes deviam ser comidos, evitando exageros lúbricos ou apaixonados. Em consequência, o uso dos prazeres devia estar a serviço da honra do cidadão. A liberdade sexual privada, como a concebemos, era impensável na Grécia. Cf. FREIRE COSTA, Jurandir. *A Ética e o Espelho da Cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p.134 e FREIRE COSTA, Jurandir. *O Referente da Identidade Sexual*, Apud PARKER, Richard; BARBOSA, Regina Maria (Org.). *Sexualidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; ABIA: IMS/UERJ, 1996. p. 86-87.
- 18 JAEGER, op.cit., p. 724.
- 19 PLATÃO – *Diálogos*. Tradução e notas José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. XXI. (Coleção Os Pensadores).
- 20 JAEGER, op.cit., p.718.
- 21 Ibid., p. 719-720.
- 22 Ibid., p. 747.
- 23 SARTRE, Maurice, artigo publicado no periódico francês *L'Historie*, reproduzido no Jornal Folha de São Paulo, Caderno mais! de 31/10/99, fls. 6-7.
- 24 Ibid.
- 25 JULIEN, Philippe. *O estranho gozo do próximo: ética e psicanálise*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 34.
- 26 ANDRÉ, Serge. *A Impostura Perversa*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p.117.
- 27 TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O Direito e a Ascensão do Capitalismo*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 53.
- 28 BLOCH, R. Howard. *Misoginia Medieval e a Invenção do Amor Romântico Ocidental*. Tradução Cláudia Moraes. Rio de Janeiro: Edições. 34, 1995. p. 80. O autor cita Sharon Farmer, afirmando que “devido ao fato de as sociedades antiga e medieval serem predominantemente da cultura oral, os filósofos e teólogos nessas sociedades percebiam o pleno impacto do discurso como um fenômeno sensório e físico, e o associavam portanto à esfera física e às mulheres. Além disso, na Idade Média, a tendência de associar as mulheres ao poder da fala foi favorecida pelo fato de que havia uma nítida divisão entre o mundo oral das mulheres e homens leigos analfabetos, e o mundo textualizado dos clérigos”. O autor, porém, recomenda cautela na avaliação sob este ponto de vista, pois esta redução pode implicar a armadilha do “arquetipo da

mulher faladeira, que é [...] uma das bases do discurso misógino desde os tempos greco-romanos até o presente.”

- 29 BLOCH, op. cit., p. 55.
- 30 MOLTSMANN-WENDEL, Elisabeth; PRAETORIUS, Ina, In.: GÖSMANN, Elisabeth et al., op.cit., 1996, p. 63-64.
- 31 MOLTSMANN-WENDEL, Elisabeth e PRAETORIUS, Ina, *Corpo da Mulher/ Corporalidade*, Apud GÖSMANN et al., op.cit., p.62.
- 32 BELLINI, Lúcia. *A Coisa Obscura: mulher, sodomia e inquisição no Brasil Colonial*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 39.
- 33 PHILIPPI, Jeanine N. *Gêneros Excêntricos: uma abordagem a partir da categoria de sujeito do direito*. In.: PEDRO, Joana Maria; GROSSI, Miriam Pillar (Org.) *Masculino, Feminino, Plural – gênero na interdisciplinaridade*. Florianópolis: Mulheres, 1998, p. 153.
- 34 PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Igualdade e Diferença: breves anotações acerca do estatuto ético do direito moderno*. In.: DORA, Denise D. Dora (Org.). *Feminino Masculino – Igualdade e Diferença na Justiça*. Porto Alegre: Sulina, 1997, p.31.
- 35 PHILIPPI, op. cit., 1998, p. 154.
- 36 PHILIPPI, op. cit., 1998, p. 155.
- 37 KANT, Emmanuel. *A Doutrina do Direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 153.
- 38 Condorcet (1743-1794), em sua obra “*Esboço de um quadro histórico dos progressos do Espírito Humano*” (1743), propugnava o reconhecimento do papel social da mulher, traçando para isso uma analogia entre a condição social das mulheres e dos escravos. Após a vitória da Revolução de 1789, o pensador constatou uma contradição evidente: uma revolução, que baseava sua justificação na idéia universal da igualdade natural e política dos seres humanos (“*Liberté, Egalité, Fraternité*”), negava o acesso das mulheres, metade da população, a direitos políticos, o que na realidade significava negar sua liberdade e sua igualdade perante os demais indivíduos.
- 39 DIETZ, Mary G. *O contexto é que conta: feminismo e teorias da cidadania*. Tradução Isabel Vericat. apud LAMAS, Marta (Org.). *Cidadania e Feminismo - Debate Feminista* - Ed. Especial. México: Metis, 1996, p. 5-6.
- 40 DIETZ, op. cit., p. 08.
- 41 SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Tradução Guacira Lopes Louro. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 9, jul/dez. 1990, p. 05.
- 42 BARBIERI, María Teresita de. “Certezas e Malos Entendidos sobre la Categoría Género”, in.: GUZMÁN, Laura y OREAMUNO, Gilda Pacheco (comp.). *Estudios Básicos de Derechos Humanos IV*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 78-79.
- 43 Para Joan Scott, “O feminismo pós-sufrágio foi construído dentro de um paradoxo: a declarada igualdade entre homens e mulheres sob o signo da cidadania (ou do indivíduo abstrato), em contraste com a excludente masculinidade do sujeito individual. Considerando essa incoerência entre o sentido político e o psicológico de ‘indivíduo’ é que se pode entender não apenas os conflitos que têm caracterizado a história mais recente do feminismo, como também a dificuldade com que Simone de Beauvoir se defrontou para sugerir um programa definitivo para a conquista da igualdade aqui referida”. Cf. SCOTT, Joan. *A cidadã paradoxal: as feministas francesas e os direitos do homem*. Trad. Êlvio Antônio Funck; Apres. Miriam Pillar Grossi. Florianópolis: Mulheres, 2002, p. 282-3.

- 44 Ibid., p. 18 (Grifo nosso)
- 45 Ibid.
- 46 SCOTT, op. cit., 2002, p. 18-9. É escusado lembrar que na França, berço da moderna concepção de igualdade universal, apenas em 1944 as mulheres obtiveram o direito de voto.
- 47 Ibid., p. 18 e 22-3.
- 48 LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 2.ed. São Paulo: Buscavida, 1987, p. 189
- 49 ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 78-9
- 50 Cf. FARGANIS, Sondra. "O Feminismo e a Reconstrução da Ciência Social", in: JAGGAR, Alison M. e BORDO, Susan R. (Ed). *Gênero, Corpo, Conhecimento*. Tradução Britta Lemos de Freitas. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1997, p. 228.
- 51 WARAT, Luís Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. V. 1, p. 57.
- 52 FACIO MONTEJO, Alda. *Cuando el Género Suena, Cambios Trae* (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal). 2.ed., San José, Costa Rica: ILANUD, 1996, p. 14-5
- 53 Artigo 1 - Para os efeitos da presente Convenção, a expressão "discriminação contra as mulheres" significará qualquer distinção, exclusão ou limitação imposta com base no sexo que tenha como consequência ou finalidade prejudicar ou invalidar o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade de homens e mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural e civil, ou em qualquer outro domínio. Cf. Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984. Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres. Apud CAMPOS, Carmem Hein, BORDIN, Jussara e VALENZUELA, Stella Máris. (org.) *Da Guerra à Paz – os Direitos Humanos das Mulheres*. Porto Alegre: Ed. Themis Ass. Jur. Estudos de Gênero, 1997, p. 59.
- 54 FACIO MONTEJO, op. cit., 1996, p. 68-9
- 55 Cf. FREIRE COSTA, Jurandir, In.: PARKER, Richard e BARBOSA, Regina Maria., op. cit., 1996 p. 86-87.
- 56 PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. *Metamorfoses entre o Sexual e o Social – Uma Leitura da Teoria Psicanalítica sobre a Perversão*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 28
- 57 Ibid., p. 28-9
- 58 FREIRE COSTA, Jurandir. *A face e o verso – estudos sobre o homoerotismo II* – São Paulo: Escuta, 1995, p. 136.
- 59 FREIRE COSTA, Jurandir, op. cit., 1996, p.86-87.
- 60 Cf. GROSSI, Miriam. "Identidade de Gênero e Sexualidade", in: *Antropologia em Primeira Mão*, nº 24, PPGAS/UFSC. Florianópolis. 1998.
- 61 PEIXOTO Jr., op. cit., p. 29
- 62 O autor exemplifica o que diz quanto às técnicas polimorfias de poder: "Uma das grandes novidades nas técnicas de poder, no século XVIII, foi o surgimento da 'população',

como problema econômico e político: população-riqueza, população mão-de-obra ou capacidade de trabalho, população em equilíbrio entre seu crescimento próprio e as fontes de que dispõe. Surge a análise das condutas sexuais, de suas determinações e efeitos, nos limites entre o biológico e o econômico. Aparecem também as campanhas sistemáticas que, à margem dos meios tradicionais – exortações morais e religiosas, medidas físicas – tentam fazer do comportamento sexual dos casais uma conduta econômica e política deliberada”. Cf. FOUCAULT, Michel., *História da Sexualidade I: A vontade de Saber*. Trad. Maria Theresa da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque, Rio de Janeiro, Ed. Graal, 1999, p. 28-29.

63 Ibid., p. 17-18 e 57.

64 Ibid, p. 56.

65 Ibid, p. 57-58.

66 FOUCAULT, Michel., op. cit., 1999, p. 132-133.

67 Ibid , p. 79 e 86.

68 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2001., p. 86-87.

69 Ibid, p. 88.

70 RAJCHMAN, John. *Eros e Verdade* – Lacan, Foucault e a questão da ética. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, p. 103-104.

71 GONZÁLES, Carmen Posada. *Sexualidad, Moral y Derecho*. Apud *Perspectivas en Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos*. Medellín, Colombia, CERFAMI /FORD Found. n. 02, p. 08, ene. 2000.

72 GONZÁLES, op. cit., p. 10.

73 Ibid.

74 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 295

75 Ibid.

76 SHERWIN, Susan. *Ética Feminina y Ética Feminista*. Apud GONZÁLES, Carmem Posada., op. cit., 2000, p. 19.

77 O autor define moralidade como “a abordagem de questões práticas, como o tratamento dispensado às minorias étnicas, a igualdade para as mulheres, o uso de animais em pesquisas e para a fabricação de alimentos, a preservação do meio ambiente, o aborto, a eutanásia e a obrigação que têm os ricos de ajudar os pobres”. Cf. SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 09.

78 Ibid, p. 09-11.

79 Singer explica que o utilitarista clássico considera uma ação correta desde que, comparada a uma ação alternativa, ela produza um aumento igual, ou maior, da felicidade de todos os que são por ela atingidos, e errada desde que não consiga fazê-lo. Ibid, p. 11.

80 Ibid, p. 19-20.

81 Ibid, p. 22-23.

82 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 25.

83 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 330.

84 Cf. HESSE, Konrad., op. cit., p. 331.

85 Ibid.

- 86 Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 214-215.
- 87 Cf. Código Civil Brasileiro, art. 2º, 4º, 5º e 6º.
- 88 Cf. Constituição da República Federativa do Brasil – art. 1º, inc. III, art. 3º, inc. IV, e art. 5º, inc. I, III, IV, V, IX, X, XIII.
- 89 Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996 e Lei no 8.971, de 29 de dezembro de 1994.
- 90 Cf. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi., op. cit., 2000, p. 165.
- 91 RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 72
- 92 Cf. SINGER, Peter, op. cit., 1998, p. 29-30.
- 93 Ibid, p. 30.
- 94 SINGER, Peter, op. cit., 1998, p. 31
- 95 Ibid, p. 32
- 96 Ibid, p. 33. Segundo este princípio, conhecido na economia, pouca quantidade de coisas é mais útil para quem a possui em pequena monta do que para quem a possui em abundância.
- 97 Singer refere as críticas quanto a sua teoria, segundo as quais o “princípio da igual consideração de interesses é tido, às vezes, como um princípio puramente formal, desprovido de substância e demasiado fraco para excluir uma prática não-igualitária. Já vimos, porém, que ele exclui o racismo e o sexismo, pelo menos em suas formas mais extravagantes”. Cf. SINGER, Peter., op. cit., p. 31.
- 98 A Conferência mundial contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia, e outras formas de discriminação, realizada em Durban, na África do Sul, de 31 de agosto a 08 de setembro de 2001, cujo tema foi “por um milênio diverso e plural”, traz na sua Declaração, em seu artigo terceiro, textualmente: “Reconocemos y afirmamos que al comenzar el tercer milenio la lucha mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en todas sus formas y manifestaciones odiosas y en constante evolución, es un asunto prioritario para la comunidad internacional, y que esta Conferencia ofrece una oportunidad única e histórica de evaluar y determinar todas las dimensiones de esos males devastadores de la humanidad con vistas a lograr su eliminación total, entre otras cosas mediante la adopción de enfoques innovadores y holísticos y el fortalecimiento y la promoción de medidas prácticas y eficaces a los niveles nacional, regional e internacional”. Cf. THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. *Caminhos para a Igualdade nas Relações Raciais*. Porto Alegre: Themis, março/2002, p. 59

# OS CRIMES SEXUAIS E O PAPEL DA MULHER NO CONTEXTO DA CRISE DO DIREITO: UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA

---

Lênio Luiz Streck

## *1. Considerações propedêuticas: a crise do direito*

Passados já quatorze anos desde a promulgação da Constituição, continuo a insistir na tese de que a inefetividade dos direitos fundamentais (entendidos *lato sensu*) decorre de uma crise de paradigmas pela qual atravessa o Direito. Nesse sentido, (re)utilizando as palavras de Eros Roberto Grau na apresentação do meu *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, essa crise do Direito, pode ser apresentada como sendo uma crise do Poder Judiciário. É inegável a existência dessa crise. Não podemos deixar de apontar, contudo, duas evidências. *Uma*, a de que essa peculiar “crise do Direito” não é, originariamente, dele, senão de quem o produz, o Estado. Vivemos, nesta última década, sob deliberado processo de enfraquecimento do Estado, patrocinado pelos governos neoliberais globalizantes dos Presidentes Collor e Cardoso. O exame das propostas frustradas de reforma constitucional pretendidas pelo primeiro e daquelas logradas pelo segundo evidencia a identidade de valores nos programas de um e de outro. Ora, obtida a fragilização do Estado, todos os seus produtos passam a exibir as marcas dessa fragilização.

reito a partir de um modelo refratário aos direitos de terceira e quarta gerações. De outro lado, há uma crise de compreensão, representada pela prevalência dos paradigmas metafísicos aristotélico-tomistas e da filosofia da consciência. Para a dogmática jurídica tradicional, a filosofia ainda não foi invadida pela linguagem. Ou seja, o senso comum teórico que domina o imaginário dos juristas continua refém de uma metodologia positivista e metafísica, onde a linguagem é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. O ensino jurídico é dominado por um casuísmo didático. A doutrina não mais doutrina. Há uma predatória dominação por parte dos manuais,<sup>2</sup> que, em sua maioria, apenas reproduzem, através de ementários jurisprudenciais, aquilo que os tribunais têm dito acerca da interpretação da lei.

*2. O direito penal e o imaginário construído sobre a mulher* Parece que a discussão sobre o Direito e a mulher no Brasil começa pelo próprio tipo de visão que os operadores jurídicos, instrumentalizados pela dogmática jurídica, têm acerca da mulher. Isto vem desde a faculdade. Enfim, refazendo a pergunta: como é que a dogmática jurídica, que instrumentaliza o Direito, trata (d)a mulher? Se pegarmos os manuais, se verificarmos a jurisprudência, veremos/perceberemos um pouco do que está acontecendo. Basta ver, por exemplo, que há pouco tempo o Supremo Tribunal Federal absolveu um rapaz que estuprou uma moça. Era um problema de “estupro ficto”, a menina tinha 13 anos, e o relator, no seu voto condutor, sustentou a absolvição dizendo que a lei que fala do estupro ficto é de 1940 e, portanto, está ultrapassada, etc. Seu voto foi sustentado em cima disso. Só que ele esqueceu uma questão fundamental, qual seja, a de que estupro, hoje, é considerado crime hediondo, e “essa” lei dos crimes hediondos é de 1990. Ora, a citada Lei de 1990 deixou assentado que o “estupro ficto” é crime hediondo. Daí a seguinte indagação: se o “legislador” de 1940 está ultrapassado, isto é, se o Código Penal, originário, em sua parte especial, está anacrônico, “serôdio”, como diriam alguns juristas, o que dizer do (contemporâneo) “legislador” de 1990? Explico: ao colocar o “estupro ficto” como crime hediondo, o “legislador” de 1990 foi tão serôdio e anacrônico como o do velho Código Penal. Parece, pois, que o “legislador” de 1990 pensa como o “legislador” de 1940... Mas o Supremo Tribunal não poderia admitir isto,



pois, se o admitisse, não haveria argumentos – desse jaez – para sustentar a absolvição. Ou seja, ele teria que entrar na discussão do problema da mulher na sociedade brasileira. Na formulação do acórdão, porém, foi feita apenas uma abordagem sobre a mulher. Dito de outro modo, houve um deslocamento ideológico-discursivo, de que fala Marilena Chauí: “ao invés de discutir o problema, discute-se sobre ele, a partir dele, estabelecendo-se, ipso facto, a inegabilidade do ponto de partida” (expressão que Tércio Ferraz Jr. usa para a dogmática jurídica).

Por isso, temos que ter em mente que esse problema da relação entre o Direito, a mulher e a sociedade deve ser examinado no contexto da crise do Direito e do Estado e, no meio, a dogmática jurídica. *Não é só o problema da mulher, mas o problema dos (demais) setores oprimidos da sociedade.* A questão da mulher (e seu mau trato pelo Direito e pela dogmática jurídica) enquadra-se nesta perspectiva. Há pouco tempo, escrevi um artigo sobre isso – *Direito Penal e paradigma dogmático: um (re)pensar crítico* – e, ao fazer algumas investigações, descobri coisas – pelo menos para mim – fantásticas. Em comentário ao art. 213 do Código Penal, que trata do estupro, consta o seguinte comentário de Damásio de Jesus:<sup>3</sup>

“Não fica a mulher, com o casamento, sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações como e onde este quiser. Não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato, desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal, e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa.”

Assim, a *contrario sensu*, pode-se entender que, na opinião de Damásio, se não existir a justa causa ou se a negativa da esposa em manter relação sexual for de caráter mesquinho, o marido pode forçá-la a tal, o que significa estuprá-la (tecnicamente falando)... Ou isto, ou entendi mal o citado comentário...! Sem dúvida, este é um dos exemplos de como a dogmática jurídica (mal) trata a mulher. Não há, pois, nesse âmbito,

nesse imaginário, qualquer possibilidade de a mulher ser tratada como gênero, como igual!

Isto se agrava se nos dermos conta da maneira pela qual a mulher se insere no conflito de classes. Vivemos em uma sociedade que produz, cotidianamente, mais e mais oprimidos, que se tornam cada vez mais oprimidos, sem perspectivas de melhoras no horizonte. E, como resposta à miséria, o *establishment* alia-se a essa onda neoliberal globalizada-globalizante – e já vou explicar como esta onda neoliberal acaba atingindo o próprio direito penal –, que vem travestida de uma espécie de pós-modernidade.

Com efeito, a modernidade nos legou o Estado, as instituições, o Direito e, junto a isso, uma série de promessas, como a liberdade e a igualdade, por exemplo. Daí a pergunta: tais promessas da modernidade foram cumpridas no Brasil<sup>4</sup> e no restante do dito terceiro mundo? A resposta parece óbvia. Trata-se do incumprimento daquilo que se convencionou chamar de função social do Estado. Nascido na modernidade, em sua primeira fase tem-se um Estado absolutista; mais tarde, em sua fase liberal-absentista, entra em crise! Como consequência, o capitalismo internacional cria uma espécie de amálgama da crise, surgindo o Estado Social, que é uma invenção do capitalismo. Este Estado vem para regular o mercado e a sociedade. É um estado intervencionista-desenvolvimentista. Intervém para acumular e (re)distribuir... Isto deu certo nos Estados Unidos e na Europa, com o chamado Estado do Bem-Estar Social. *No Brasil, o dito Estado Social não existiu para as classes oprimidas.* Aliás, tem razão Eric Hobsbawm ao dizer que o Brasil é um monumento à negligência social, perdendo inclusive para o Sri Lanka em vários indicativos sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. E isto que o Sri Lanka tem um sexto do produto nacional bruto *per capita* em comparação com o Brasil!

Neste sentido, cabe perguntar: o Estado fez intervenção na economia no Brasil para quê? O Estado interveio no processo de acumulação para quem? Serviu e serve para quem? A resposta está à nossa frente. Basta olhar em volta. *O Estado intervencionista serviu para*

*criar oligopólios, para enriquecer a burguesia e as elites predatórias.* Serviu também para que nossas classes média e média-alta construíssem conglomerados imobiliários e casas na praia às custas do fundo de garantia dos trabalhadores. Quebraram o BNH, quebraram bancos e “ganharam” o socorro do Proer... Foi isto o que fez o “Estado intervencionista” no Brasil. Agora, de maneira cínica, as elites querem vender a idéia de que o “Estado social intervencionista” não deu certo e, para tanto, apresentam como solução o “neoliberalismo”, grilheiro e colonizante, preconizando a volta ao Estado mínimo-absenteísta. Nesse sentido, foi feliz André-Noel Roth quando disse que hoje estamos em face de uma perspectiva neofeudalista, porque as principais especificidades que diferenciavam o Estado moderno do Estado feudal estão se debilitando, desaparecendo, nestes tempos de pós-modernidade: a distinção entre a esfera privada e a esfera pública; a dissociação entre o poderio político e o econômico; e a separação entre as funções administrativas, políticas e a sociedade civil.

Vejam que o problema assume foros de dramaticidade. No Brasil (e na América Latina) a modernidade é tardia e arcaica. Há um simulacro de modernidade. Resta uma dívida social a ser paga. A questão é tão grave que no Rio de Janeiro saiu uma tese de doutorado na área da Sociologia mostrando que as mulheres que entram na Igreja Universal do Reino de Deus melhoram de vida. Por que elas melhora(ra)m de vida? Parece, pois, um paradoxo. A mulher (pobre) está tão oprimida pelo sistema que, no momento em que ela e o marido entram na Igreja Universal, ele pára de beber, pára de fumar, não bate mais nela... e, só aí, já há um “ganho”. Mais ainda, ela passa a fazer desafios a Deus, nas denominadas “correntes da prosperidade da Igreja”. Então, aquilo que se condena como alienação extrema transforma-se na melhora no nível de vida dessas mulheres. É uma espécie de encontro de extremos!

Dito de outro modo: aquilo que se chama de alienação extrema no ponto de saída acaba sendo, no ponto de chegada – diante do Estado que tem uma dívida social tão grande para pagar –, um benefício para um expressivo número de mulheres. Uma espécie de – pasmem – “alienação que faz bem”!

Na verdade, construímos uma sociedade na qual a absoluta maioria da sociedade passa a acreditar que existe uma ordem de verdade, na qual cada um tem o seu lugar demarcado. Cada um “assume” o seu lugar (inclusive os operadores do Direito, que, a partir do senso comum teórico, reproduzem um imaginário opressivo e opressor). Essa maioria, porém, não se dá conta de que essa “ordem”, esse “cada um tem o seu lugar”, engendra a verdadeira violência simbólica (Bourdieu) da ordem social, bem para além de todas as correlações de forças que não são mais do que a sua configuração movente e indiferente na consciência moral e política. *O sistema cultural engendra exatamente um imaginário no qual, principalmente através dos meios de comunicação de massa, se faz um amálgama do que não é amalgamável.*

Por isso, por exemplo, é possível que o país mantenha impunemente um *apartheid* em elevadores sociais e de serviço, o que legitima o preconceito social. Isto é visto como “normal”. Para exemplificar: a dublê de atriz e modelo Carolina Ferraz justifica a separação dos elevadores de forma bastante solene: “As coisas estão tão misturadas, confusas, na sociedade moderna. Algumas coisas da tradição devem ser preservadas. É importante haver hierarquia”. Já a *promoter* paulista Daniela Diniz, assídua freqüentadora das colunas sociais, diz que “... cada um deve ter o seu espaço. Não é uma questão de discriminação, mas de respeito” (sic). Nessa linha, vem bem a propósito o dizer de Contardo Caligaris, que explica que, nas classes médias, geralmente a regra é o poder moderno “sobre” e “pelas” coisas. Podemos comprar o trabalho de um outro, seus serviços, mas não dispomos de seu corpo. Mas, na relação entre as classes médias e as classes ditas eufemisticamente não-favorecidas, *o poder ainda é poder sobre os corpos, construído no modelo da escravatura*. As classes médias brasileiras, acrescenta Caligaris, não abriram as portas do poder sobre as coisas para metade da população do país por razões econômicas: a manutenção do escravismo caseiro é um péssimo negócio, que estrangula o mercado interno. Foi por tradição ou por gosto atávico escravocrata, conclui!

Isto tudo acontece porque se construiu um *apartheid* social e jurídico no Brasil. A violência contra as mulheres ocorre no público e no

privado. A cada ano são registrados, somente no Rio de Janeiro, cerca de 30.000 casos de espancamentos e ameaças; os casos de estupro ultrapassam os quatro dígitos/ano. Não estão considerados os números que ficam escamoteados, mormente pelo fato de que, quando a agressão é praticada por marido (companheiro, etc) contra a companheira, existe a notória dificuldade de tais casos chegarem até a delegacia de polícia e desta, em razão de que a ação penal é condicionada à representação, até as barras do judiciário. Parece que o Estado incentiva o ditado popular de “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Afinal, quando ocorre um furto, o Estado vai lá e pune o sujeito. Pune *sponte sua*, sem precisar de “representação da vítima” (alguém duvida de que, para o legislador e para a dogmática jurídica tradicional, o bem jurídico “propriedade privada” é mais importante que o bem jurídico “dignidade”, “integridade corporal”, “liberdade sexual”?). Já, quando o marido bate na mulher, o Estado somente processará o marido se a mulher expressamente assim autorizar.

A presença colonizadora dos meios de comunicação de massa é fator importante para a manutenção de um imaginário discriminador, no interior do qual a honra da mulher, por exemplo, é tida como uma extensão da honra masculina. Basta ver como as novelas apresentam a mulher que pratica infidelidade, como, por exemplo, na novela *A próxima vítima*, assistida por 80% dos telespectadores brasileiros. Observe-se que, em uma das cenas, o pai – personagem interpretado por José Wilker – reúne seus filhos para explicar o porquê de ter efetuado, com uma faca, um profundo corte no rosto de sua esposa Isabela. Segundo ele, cortou-a porque esta o traíra (sic) com outro homem. Antes mesmo de terminar a explicação, foi interrompido por uma de suas filhas que, enfática e compreensiva, confortou o pai: “Não precisa explicar, pai, ela mereceu.” (!). Isso em horário nobre, para todo o Brasil, país no qual a Constituição Federal, em seu art. 221, acentua que:

“a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da

cultura nacional e regional (...); III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística (...); IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Algum veículo de comunicação respeita esse dispositivo constitucional? Ratinhos, Faustões, Hebes e Gugus falam por si... E as instituições respondem a tudo isto com um eloqüente silêncio!

Se juntarmos a crise (e o papel-função) do Estado com o problema da relação “mulher-direito-sociedade”, constataremos que vivemos em uma espécie de *razão cínica*. Explico: há um livro chamado *Kritik sur zynischen Vernunft* (Crítica da Razão Cínica), em que o autor, Peter Sloterdijk, apanha bem esta questão, que pode bem ser adaptada ao Brasil. A partir de Sloterdijk, que inverte a famosa frase de Marx, no *Capital*, “*Sie wissen das nicht, aber sie tun es*” – “eles não sabem disso, mas o fazem” –, pode-se dizer que, no Brasil, ao contrário da frase de Marx, “eles (os dominantes, as elites) sabem de tudo isso, mas continuam fazendo as coisas assim mesmo”. O *establishment* sabe da miséria, das desigualdades, da ausência de políticas públicas, etc, etc, mas continua agindo como se nada estivesse acontecendo. É claro que, como bem alerta Zlavož Zizek, ao trabalhar o texto de Sloterdijk: “É necessário fazer uma distinção entre ‘sintoma’ e ‘fantasia’, para mostrar como a idéia de estarmos vivendo numa sociedade pós-ideológica é um pouco apressada demais”. Para tanto, explica que “a razão cínica, com todo o seu despreendimento irônico, deixa intacto o nível fundamental da fantasia ideológica, o nível em que a ideologia estrutura a própria realidade social”. De qualquer sorte, entretanto, feitos os devidos reparos por Zizek, é certo que carecemos de uma (urgente) crítica à razão cínica imperante em nosso país.

### 3. O Judiciário, o Direito Penal e os crimes sexuais

Como situar o Judiciário e as instituições encarregadas de aplicar e administrar a justiça em todo este contexto? Essas instituições têm cumprido sua função social? Para responder a essa pergunta, é preciso entender que o Poder Judiciário (e isto se aplica também ao Ministério Público) vive uma crise que tem três matrizes, bem detectadas por

Diogo de Figueiredo: a crise estrutural (deficiência de juízes e – acrescento, promotores – falta de controle externo), uma crise funcional (inadequação das leis, problema de acesso à justiça) e uma crise individual, que chamo de uma crise de imaginário. Essa crise de imaginário é fortíssima, porque, de certo modo, faz um amálgama das outras duas. Mais do que isto, cada vez que a crise do Judiciário se agrava – através da inefetividade do acesso à justiça, lentidão da máquina –, o *establishment* responde com soluções *ad hoc*, como, por exemplo, uma pífia reforma do processo civil, a lei dos juizados especiais cíveis e criminais (agora modificada pela irresponsável Lei 10.259) e o nefasto projeto (de poder) que são as súmulas vinculantes.<sup>5</sup>

Com o Juizado Especial Criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou a “surra doméstica” com a transformação do delito de lesões corporais de ação pública incondicionada para ação pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite, agora, o “duelo nos limites das lesões”, eis que não interfere na contenda entre pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe, pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se que eu não tenho nada com isto! É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada “teoria do bem jurídico”, própria do modelo liberal-individualista de Direito. Observe-se que não é de graça que o crime de estupro está no capítulo dos crimes contra os costumes, e não no capítulo dos crimes contra a vida ou contra a integridade corporal!

Por isso não pode surpreender o fato de o Código Penal “proteger-punir” com mais rigor os crimes contra a propriedade do que os contra a vida. As comparações chegam a ser teratológicas; por exemplo, entre lesões culposas (crimes de trânsito) e furto, estelionato e omissão de socorro...<sup>6</sup> Isto sem considerar que, com a nova Lei dos Juizados Especiais, o indivíduo que comete um crime de trânsito (lesões culposas), poderá realizar uma “barganha” – pagando uma multa ou uma cesta básica – para escapar da punição! Interessante notar que, mesmo com o aumento da pena para o delito culposo cometido no trânsito – cuja pena passou a variar de seis meses a dois anos –, ainda

assim, grande parte dos operadores do Direito continuam a aplicar a transação penal da Lei nº 9.099/95 a esses casos, muito embora a citada Lei estabeleça como teto para a aplicação da transação penal a pena máxima de um ano (agora, com a Lei 10.259, elevada para 2 anos). Vê-se, então, que os crimes de trânsito têm, ou, melhor dizendo, continuam tendo, um tratamento privilegiado, pela simples razão de que para os demais crimes, cujas penas máximas vão até dois anos, não é concedido o benefício da transação penal, o que – do mesmo modo como acontece na antinomia “art. 34 da Lei 9.249 *versus* art. 16 do Código Penal” –<sup>7</sup> configura um claro ferimento do princípio constitucional da isonomia.

No âmbito do imaginário dos juristas, há um deslocamento ideológico-discursivo, aquilo que Tércio Ferraz Jr. chama de *astúcia da razão dogmática*, que permite aos juristas lidarem com tudo isso sem se darem conta do que ocorre. Inseridos no *sensu comum teórico*,<sup>8</sup> os juristas acreditam que o sentido está na lei, como uma imanência. Ora, entre nós e o mundo, entre a lei e a sua aplicação, existe a dogmática e a hermenêutica jurídica, que vão nos dizer o que é que “a lei quis” ou “não quis dizer”, mediante argumentos absolutamente ficcionais como “vontade do legislador”, “espírito da lei”, “espírito dos legisladores”, “vontade da norma”, etc. Os grandes oráculos do *establishment* é que vão dar o sentido às leis que surgem da fornalha do sistema (e os que se colocam no contrafluxo desse discurso oracular correm o risco de serem processados pelo hediondo crime de “porte ilegal da fala”). Em seguida, através da astúcia da razão dogmática, uma espécie de iluminismo retrógrado do Direito, os problemas do universo fenomênico são deslocados para o mundo da abstração. Por isso que, no processo, João da Silva, brasileiro, casado, cinco filhos, pobre, “esgualapado”, transforma-se em “autor”, “requerente”, “suplicante” (pasmem!). João da Silva perde a sua identidade social, sua inserção na luta de classes! Dito de outro modo, *a sociedade conflituosa, a luta de classes, não entra nos fóruns*.

Há alguns anos atrás, fui a um programa de televisão (Plenário, da RBS-TV, de Porto Alegre), para discutir o papel da mulher na sociedade (era o Dia Internacional da Mulher). No programa, várias mulhe-



res, com exceção de uma, davam vivas aos novos tempos de libertação feminina: “hoje mulher tem talão de cheque, trabalha em banco, é juíza, é promotora, é executiva, modelo, manequim, apresentadora”, etc. Não falei nada no primeiro bloco. No segundo bloco, o âncora do programa pediu a minha opinião. Disse eu então: “Não quero ser pessimista ou estraga prazeres, mas respondam-me: de que mulher vocês estão falando, já que estamos em um país que pode ser dividido, por faixa de renda *per capita*, em Itália, Colômbia, Quênia e Somália... Nesse contexto, por certo estavam a falar da mulher ‘italiana’...! Mas pergunto: e o que sobra para a ‘queniana’ ou a ‘somali’ brasileiras? Ora, não existe ‘a mulher’. Existem ‘várias mulheres’. É como falar no ‘brasileiro’, no ‘gaúcho’, no ‘nordestino’. Tais generalizações são metafísicas, que provocam o esquecimento daquilo que na hermenêutica se chama de diferença ontológica. Dito de outro modo, quando alguém fala da mulher, do gaúcho, etc, está falando de forma estereotipada (raciocínio feito no varejo e transportado para o atacado). E, convenhamos, não é de bom alvitre que se analise um tema de tamanha relevância de maneira estereotipada!”. Fez-se, então, um silêncio (eloqüente). Em seguida, o programa continuou, com o retomo da discussão à terra firme, quer dizer, retornamos ao mundo da vida. Há, pois, um senso comum que atravessa o discurso. A partir de *standards*, constrói-se – no particular – a imagem ideal da mulher, para, em seguida, universalizá-la, com o que se esconde o estado da arte do problema em *terra brasilis*.

O que resta de tudo isto é que, para discutir a problemática da mulher, torna-se necessário *situá-la no contexto de uma sociedade dispar como a nossa, no contexto de uma justiça como a nossa*, com um Direito como o nosso, “construído/formatado”, no mais das vezes, pelo *lobby* das elites, as quais, em face da crescente violência urbana, “se indignam no varejo e se omitem no atacado”. Ou seja, enquanto estão matando pobres, viliros, sem terra, meninos de rua, o *establishment* não se importa. Entretanto, quando a violência atinge alguém das camadas médio-superiores, o movimento da “lei e da ordem” volta à carga. É o repressivismo saneador.

*Fazendo eco com Warat:*

“a los planteos feministas, podríamos decir que la problemática de la mujer en el Derecho responde a las pautas culturales arraiga-

das. Entonces, tendríamos que hablar de la lucha de la mujer, de una praxis política que se propone un cambio integral del lugar de la mujer en la sociedad. Sin descalificar este tipo de planteo, diría que la cuestión de la mujer en el Derecho pasa también por otras coordenadas, que van mas allá de una historia de discriminaciones y resistencias. Por un lado tiene que ver con la búsqueda individual y coletiva de la libertad. Por otro lado tiene que ver con el imaginario magnetizador que encubre las prácticas cotidianas del Derecho: ese realismo mágico que esconde el ejercicio jurídico del poder. La práctica del poder jurídico no suporta la idea de la creatividad. La creatividad del Derecho es siempre escondida en nombre de la seguridad jurídica".<sup>9</sup>

4. *A objetificação da mulher ou de como o discurso dogmático ainda é refém da metafísica* É evidente que toda essa problemática terá reflexos no modo-de-agir dos operadores do Direito. Como muito bem diz Giorgio Agamben, "o Direito não possui por si nenhuma existência, mas o seu ser é a própria vida dos homens". É o modo-de-ser-no-mundo do intérprete que será a condição de possibilidade de seu olhar do Direito. Esse olhar é interpretação. Mais do que isto, é *applicatio*.<sup>10</sup> Portanto, estamos condenados a interpretar. Não há essências. Tampouco definimos a realidade a partir de nossa consciência "assujeitadora do mundo". O mundo não é um conjunto de objetificações. Daí o alerta de Heidegger: a pedra não tem mundo, o animal é pobre em mundo, e o homem é formador de mundo. Para interpretar, temos que ter uma pré-compreensão. Essa compreensão estará fundamentada em nossa faticidade, enfim, na nossa existencialidade. Hermenêutica não é, pois, um método. É condição de ser no mundo.

Os manuais jurídicos que sustentam a possibilidade de buscar o unívoco sentido da norma, o verdadeiro sentido, etc., estão alienados da revolução copernicana proporcionada pela viragem lingüística, a partir da qual houve uma invasão da filosofia pela linguagem. Nós não temos a linguagem; é ela que nos tem.

Da ultrapassada relação sujeito-objeto, própria do paradigma metafísico da filosofia da consciência, passamos para a relação sujeito-sujeito. Enquanto nos paradigmas metafísicos clássico e moderno a linguagem era uma terceira coisa que se estabelecia entre o sujeito e o objeto, no paradigma hermenêutico a linguagem passa a ser condição de possibilidade. Uma filosofia presa ao esquema sujeito-objeto, diz Ernildo Stein, é incapaz de distinguir entre um pensar e um falar que objetivam e um outro pensar e falar que se dão além da objetivação. Heidegger afirma que podemos conceber a linguagem não simplesmente como uma obra do homem. Ele diz: a linguagem fala. E nós falamos a partir de nossos pré-juízos. Interpretamos e damos sentido ao mundo a partir de um virtuoso círculo hermenêutico, onde ocorre uma antecipação de sentido. O mensageiro já vem com a mensagem, adverte Heidegger. No conto está o contador. Não mais é possível sustentar as serôdias dicotomias metafísicas, como essência-aparência, palavra-coisa, questão de fato-questão de direito, ser-ente. O ente como ente é inacessível. E isto é incontornável. Temos apenas acesso ao sentido do ser do ente. Aí está a importância da diferença ontológica, que, rompendo com a metafísica, faz a diferença, possibilitando o aparecer do ser, na sua singularidade.

Na medida em que hermenêutica é um modo de ser, na medida em que hermenêutica é faticidade, e na medida em que falamos do mundo a partir da tradição, é inexorável que a visão dos operadores jurídicos acerca dos textos normativos e do que eles significam dependerá dos pré-juízos que antecipam o sentido do mundo onde vivemos. Sendo a dogmática jurídica um paradigma, no interior do qual o papel da mulher tem sido relegado a um plano secundário, a ponto de a doutrina e de a jurisprudência durante décadas defenderem a possibilidade de o marido forçar a esposa a com ele praticar sexo, esse imaginário traz conseqüências – porque instituinte da existencialidade dos operadores – no modo de interpretar as condutas nos crimes sexuais.

No interior desse imaginário, construíram-se uma série de *prêt-à-porters* significativos (transformados em “categorias metafísicas”), espécie de *topoi* aptos a conformar as “deduções” a serem realizadas pelos operadores. Tais *topoi*, por exemplo, dão conta de que a palavra da vítima de

crimes sexuais deve ser absolutamente convincente para que sirva como prova. Transfere-se à vítima de violência sexual a obrigação de “ser convincente”. *O menor vacilo será utilizado contra ela*. Algo do tipo: você tem o direito de se queixar da violência sofrida; entretanto, a menor contradição será utilizada contra você.

Duas questões podem ser apontadas nessa discussão que envolve o processo hermenêutico dos crimes sexuais. A primeira diz respeito ao fato de a doutrina e a jurisprudência ainda permanecerem reféns de um imaginário que **nega** (ainda que implicitamente a partir de um discurso que escamoteia a problemática) **à mulher a possibilidade de dispor de seu próprio corpo** (questão que tem reflexos na discussão do aborto, que, de uma questão social e moral, transforma-se em uma discussão jurídico-criminal). A disposição do corpo não diz respeito somente à questão da sexualidade. *Mais do que isto, é uma questão que envolve o (des)respeito à dignidade humana*. Refere-se também à própria preservação da integridade corporal (veja-se, como já dito, que as lesões corporais – inclusive as praticadas pelo marido contra a mulher – foram transformadas em crime de ação pública condicionada à representação, ao passo que, paradoxalmente, nos crimes contra o patrimônio, o Estado, *sponte sua*, persegue o autor do delito independentemente do desejo da vítima!). Não se pode olvidar os comentários doutrinários – alguns aqui já colacionados – acerca da interpretação dos artigos 213 e 214 do Código Penal.

Em segundo lugar, há que se examinar o problema que exsurge do *modus interpretativo* próprio do sentido comum teórico dos juristas. Com efeito, de um lado está sedimentado que “a palavra da vítima nos delitos de estupro é de fundamental importância”; de outro, como subespécie desse *prêt-à-porter*, tem-se que “a palavra da vítima deve ser convincente” para a comprovação do delito. Aparentemente, os dois verbetes tratam do óbvio: a palavra da vítima é de fundamental importância (em todos os crimes) e a palavra da vítima deve ser convincente (em todos os crimes). Entretanto, no plano da resolução dos crimes sexuais, por se tratar de delitos praticados quase sempre sem testemunhas, a dogmática jurídica elegeu tais verbetes para servirem de “significantes primordiais-fundantes”, aptos para um procedimento

subsuntivo do intérprete. É como se no verbete “a palavra da vítima assume fundamental relevância nos delitos sexuais” estivesse contida a essência da credibilidade da palavra das vítimas de crimes sexuais. Ou, de outro lado, na “máxima” “a palavra da vítima deve ser convincente” estivesse contida a essencialidade do grau de convencimento dos depoimentos das vítimas de crimes sexuais. Na verdade, como a dogmática jurídica ainda pratica dedutivismos, *os citados verbetes escondem a possibilidade da aferição da singularidade de cada caso* (singularidade que envolve não somente as circunstâncias que cercam o caso, mas a situação social do réu, da vítima e a visão de mundo – faticidade e historicidade – dos operadores do direito encarregados de analisar a lide).

Dito de outro modo: não está incorreto dizer que a palavra da vítima deve ser convincente; o que ocorre é que isto somente é válido se, **naquele caso concreto**, na singularidade do caso, de fato a palavra da vítima for convincente ou não. E mais: o esclarecimento daquele caso concreto – isto é, de um determinado caso, nas suas particulares – depende exclusivamente da credibilidade da palavra da vítima? Isto é, mesmo que a palavra da vítima não seja suficientemente convincente, não há outros modos de comprovar o fato delituoso? Por outro lado, é preciso ter claro que *não é a vítima que deve provar que o delito ocorreu; é o Estado que deve comprovar que o réu praticou o crime*, sendo que este deve comprovar que, ou não cometeu o crime, ou que tinha a seu favor alguma excludente (que, no caso dos crimes sexuais, são inadmissíveis, uma vez que **não há registro de estupros – e atentados ao pudor mediante fraude – cometidos em legítima defesa ou em estado de necessidade**, para ficar nestas duas modalidades...).

Não é difícil detectar como toda essa problemática ganha espaço e guarida – de forma consciente ou inconsciente – no imaginário dos juristas. Há um complexo jogo de forças e circunstâncias que forjam a tradição no interior da qual operamos. Toda experiência é confronto, vai dizer Gadamer, já que ela opõe o novo ao antigo, e, em princípio, nunca se sabe se o novo prevalecerá, isto é, torna-se verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível, reconquistará finalmente a sua consistência. Sabemos que, mesmo nas ciências empíricas, como Kuhn em particular demonstrou, os conhecimentos novamente estabelecidos encontram resistências e, na verdade, perma-

necem por muito tempo ocultos pelo “paradigma” dominante. O mesmo ocorre fundamentalmente com toda experiência. Ela precisa triunfar sobre a tradição sob pena de fracassar por causa dela. O novo deixaria de sê-lo se não tivesse que se afirmar contra alguma coisa, arremata o mestre alemão.

Em face disso, cabe indagar: na análise dos crimes sexuais, *o novo, representado pela conquista da civilização* (respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, onde se incluem as questões de gênero), *tem condições de triunfar sobre a tradição inautêntica* (no sentido gadameriano, é claro) *do Direito Penal, que tem relegado a mulher a um plano objetificante?*

É, pois, na abertura, nesse espaço aberto pela crítica hermenêutica, que devemos estabelecer as bases (condições de possibilidade) *para desvelar o ainda não-desvelado dessa conquista da civilização, que é o respeito à condição de gênero*. Quando “cobramos” da mulher uma “explicação” condizente acerca do porquê de não ter “resistido” à investida sexual-libidinosa do agressor, ou do porquê de seu depoimento prestado em juízo (com todas as garantias) desbordar em parte do que dissera na fase policial, *estamos encobrindo o novo, des-figurando o fenômeno, invertendo os pólos de tensão*.

5. *A prova nos crimes sexuais: a “necessária resistência da vítima” e o valor de sua palavra — os repertórios jurisprudenciais que escondem a singularidade*

Não é difícil, nessa seara, encontrar julgados que reproduzem o imaginário acerca de *como-se-vê-a-mulher-em-uma-sociedade-díspar-como-de-terra-brasilis*. Os argumentos para a descaracterização dos crimes sexuais buscam sustentáculo em raciocínios dedutivos,<sup>11</sup> que têm como *topoi* “máximas jurídicas” (categorias metafísicas, para utilizar a linguagem da ontologia fundamental heideggeriana) que podem ser utilizadas a favor e contra os réus e as vítimas. Desse modo, a valoração da prova passa a ser um produto de um duelo retórico, onde as máximas são os álibis teóricos que sustentam os discursos dos operadores. Veja-se, assim, que, se a prova policial deve ser vista com reservas, esta reserva perde relevância quando essa mesma prova policial tratar do depo-

imento da vítima de delito sexual prestado na polícia, na sua contraposição com o depoimento prestado em juízo (com todas as garantias próprias do *due process of law*). Se, em juízo, forem fornecidos maiores detalhes, a palavra dada na polícia terá o condão de desconstituir o depoimento judicial. Tal questão, v.g., fica bem caracterizada no item 1 da ementa do acórdão n. 70002059764, proveniente da Câmara Especial Criminal do TJRS:

“A discrepância entre a narrativa policial dos fatos – mais simples – e os acréscimos introduzidos pela ofendida e, juízo, retiraram a credibilidade para sustentar a condenação (...)”.

Cabe a seguinte indagação: é a discrepância nos depoimentos que retira a credibilidade da palavra da vítima ou é o conjunto probatório que leva ao veredicto absolutório? Afinal, a máxima de que “a palavra da vítima é de fundamental importância nos crimes sexuais” refere-se ao depoimento prestado em juízo ou na fase policial? Ou o citado *prêt-à-porter* significativo é, de fato, um *standard ad-hoc*, manejável retoricamente? Observe-se que a segunda parte da ementa até mesmo admite que o médico apelante tenha efetuado toques em partes mais íntimas da vítima, *in verbis*:

“Tratando-se de exame de médico em paciente adolescente, com dores nas costas, poderá haver toques em partes mais íntimas, sem que, com isto, ocorra o delito de abuso por ato libidinoso, inexistindo o dolo”.

Tal questão aparece mais fortemente no próprio corpo do voto condutor, que não descartou “*que até pudesse o réu ter apalpado indevidamente a ofendida, quiçá cometendo o ato delituoso*” (sic).

Há, ainda, uma outra questão que merece uma análise mais acurada. Trata-se da premissa (hermenêutica) que serviu de *topos* conformador da atividade interpretativa da Câmara nesse caso. Não é próprio do senso comum da prática da medicina que, para examinar dores nas costas de uma paciente, possa haver, como conduta normal e corriqueira, “toques em partes íntimas” de uma mulher. Tampouco o “roçar de bigode” nos seios de uma paciente, ou o “roçar de bigode nas

costas” pode ser considerado gesto/atitude que faça parte da cadeia operacional de um exame destinado a diagnosticar as causas de uma dor nas costas.

Tratando-se de delito sexual, sem testemunhas, a afirmação da vítima não encontrou, nos autos, a devida contradita por parte do réu/apelante. Eventual explicação de que o “roçar” do bigode nos seios ou nas costas da vítima possa ter sido acidental é pouco convincente. Aliás, neste caso poder-se-ia dizer que *a palavra do réu foi pouco convincente para se livrar da imputação*, levadas em contas as peculiaridades do caso (exame médico destinado a detectar dor nas costas, em que a paciente teve que tirar toda a roupa, com a ocorrência de toques em partes íntimas, *pouco usuais neste tipo de exame*).

De qualquer sorte, não se está buscando a rediscussão de um caso já julgado e transitado em julgado. Cada caso é um caso, como se costuma dizer (e isto é hermeneuticamente correto, porque o “caso” sempre é único, singular). Despiciendo lembrar que a verdade assume várias facetas. Verdade não é *veritas transcendentalis*; não é a simples *adequatio* aristotélica. A verdade é *alethéia* (des-velamento). Exsurge (se manifesta) a partir de uma intersubjetividade de caráter lingüístico.<sup>12</sup> A coisa em si é incognoscível, questão que (até mesmo) Kant já reconhecera (embora ainda preso à metafísica relação sujeito-objeto). O ente como ente é inacessível. E a angústia decorrente dessa inacessibilidade é absolutamente incontornável. Aliás, Nietzsche já nos ensinou, antes mesmo de Heidegger, que fatos não há; só há interpretações. Só temos acesso ao sentido do ser do ente. Por isto, a impossibilidade de “julgar um julgamento”.

Nesse sentido, é preciso ter claro que a discussão de casos – julgados ou não, fictícios ou não – tem o condão de servir de pano de fundo para uma reflexão mais aprofundada da problemática que envolve o papel da mulher na sociedade e como ela é vista nas hipóteses de ocorrência de crimes sexuais. Ainda estamos presos ao senso comum teórico metafísico – dedutivista, que nos coloca à disposição um conjunto de repertórios doutrinários e jurisprudenciais estandardizados, “aptos” à resolução dos conflitos. *A dogmática jurídica construiu um discurso que inverte o ônus probatório resultante da palavra da vítima.*



Dito de outro modo: assim como se absolvem indivíduos violadores sob o argumento de que a vítima não conseguiu ser coerente no(s) seu(s) depoimentos(s) – *como é o caso do acórdão em tela* –, também se condenam réus sob o simples argumento de que a palavra da vítima nos crimes de estupro é de fundamental importância, esquecendo-se os operadores de examinar se, **naquele caso**, a palavra da vítima – embora coerente “nas duas fases” (sic) – não está desmentida ou enfraquecida em razão de outras provas que poderiam inocentar o acusado. Aliás, para demonstrar a problemática decorrente de citações descontextualizadas, poder-se-ia trazer a lume um *prêt-à-porter* absolutamente antitético àquele: “A palavra da vítima, em crimes sexuais, constitui excelente meio de prova, mas, isolada, não é suficiente para autorizar a condenação” (RT 598/398). Daí a necessária crítica ao uso de *standards* jurídicos.

Tais vicissitudes ocorrem – no mais das vezes – em face de práticas dedutivistas, que escamoteiam a singularidade dos casos em julgamento. Dito de um modo mais simples: **de nada valem ementas jurisprudenciais**,<sup>13</sup> se estas vierem desacompanhadas dos respectivos fundamentos. Veja-se, por exemplo, um dos verbetes (muito utilizados), que tratam da “resistência da vítima como condição de possibilidade para a ocorrência do estupro”:

“É preciso que seja sincero e positivo, que a resistência seja inequívoca, demonstrando a vontade de evitar o ato desejado pelo agente, que será quebrada pelo emprego da violência física ou moral. Não bastam, pois, as negativas tímidas (quando os gestos são de assentimento) nem a resistência passiva e inerte”. (RT 535/287 e 533/326)

Conforme esse entendimento, não basta que o agente utilize a violência ou a grave ameaça contra a vítima para estar caracterizado o estupro ou o atentado violento ao pudor. Se esta não “resistir bravamente”, o estupro não estará caracterizado. Ou seja, o emprego da violência é consequência dessa “brava resistência”... A propósito, tive o cuidado de investigar a origem da ementa acima, que é fruto de uma mistura de dois julgados (RTs 535 e 533), que, aliás, **não guardam a similitude que pretendem demonstrar!** Com efeito, no primeiro caso (RT 535/

287), o Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu o acusado de estupro, sob o fundamento de que, por ter o réu violado a vítima duas vezes, não ficou claro que tenha ocorrido o necessário “dissenso”. Além disto, o acórdão deixa claro que “as declarações da querelante vêm marcadas de alguma indecisão. O agente não teria se utilizado da arma, revólver que a querelante, durante o atentado, não mais viu”. Observe-se que o crime ocorreu na madrugada, quando o marido da vítima saía para ordenhar vacas. No segundo caso (RT 533/326), a absolvição de estupro ocorreu porque não havia notícia nos autos sobre qualquer lesão que a ofendida tenha sofrido. Para tanto, foi citado o livro *Lições de Medicina Legal*, de Almeida Jr, onde consta que “resistindo a ofendida, em seu corpo serão encontradas lesões características: a) as dos braços e pulsos, que o criminoso aperta para paralisar a resistência; b) as dos membros inferiores, acima dos joelhos e na parte superior das coxas, que ele afasta para poder atingir a vulva; c) as em torno do pescoço, em torno da boca, das narinas, e as das faces, pois o criminoso procura, por pressões nesses lugares, abafar os gritos da vítima”. Observe-se que o acórdão condiciona a existência da “efetiva resistência” à existência de lesões no corpo da vítima... É preciso dizer mais?

O citado *prêt-à-porter* significativo – reproduzido na maioria dos manuais de direito penal (Mirabete, Damásio, para citar os principais) –, produto da fusão dos acórdãos citados nas RTs 533 e 535, implica uma necessária reflexão hermenêutica. Com efeito:

- a) as próprias ementas não retratam com fidelidade o que foi discutido e decidido;
- b) conseqüentemente, as próprias ementas já nascem descontextualizadas;
- c) as ementas intrinsecamente apresentam problemas a partir da reprodução de um imaginário que coloca a mulher em posição absolutamente secundária;
- d) uma ementa – com pretensão de conceptualização de cunho universalizante –, ao ser apresentada à comunidade jurídica através

dos manuais, não prescinde de sua localização no tempo e no espaço. A omissão de tais dados provoca o seqüestro do tempo. Ora, em termos hermenêuticos (e antimetafísicos), a temporalidade e a historicidade são condição de possibilidade para a manifestação do ser dos entes. Por isto é que Heidegger vai dizer que o tempo é o nome do ser. A citação descontextualizada de ementas, como é o caso de que se está a tratar, assim como a sua posterior reprodução – igualmente descontextualizada – fazem com que tais ementas transformem-se em “categorias” – espécie de videoclips jurídicos, acépticos, ahistóricos e atemporais<sup>14</sup> –, que, utilizadas de forma dedutiva-subsustiva, inexoravelmente escondem a diferença ontológica, impedindo o aparecer da singularidade daquele caso (o caso que está em julgamento).

Em síntese, trata-se, fundamentalmente, de enfrentar duas questões: a primeira, de cunho crítico-hermenêutico, pela qual é necessária uma rediscussão da dogmática jurídica no contexto de uma sociedade díspar como a nossa, além da necessidade de superar o modelo interpretativo que permeia as práticas dos juristas. Interpretamos a partir de nossos pré-juízos, que nos são ofertados pela tradição (que inexoravelmente nos envolve). E esta tradição vem permeada por um imaginário no interior do qual a questão de gênero tem dificuldade de ser assimilada pelos operadores. Essa faticidade não pode ser ignorada, bastando para tal examinar alguns – e somente alguns – aspectos que apontam para esse desiderato:

- a) o tratamento que a legislação penal dá aos crimes sexuais, classificados no Código Penal no Título VI como “Crimes Contra os Costumes”, refratário, portanto, da secularização, conquista do Estado Democrático de Direito;
- b) a transformação dos crimes de lesões corporais em crimes de ação penal pública condicionada à representação, o que faz com que, na prática, ocorra a institucionalização da surra doméstica (ou alguém acha que a mulher, *face to face* com o marido agressor, contra ele representará?);
- c) a banalização da agressão do marido contra a mulher, o que se pode

constatar por casos julgados como o seguinte, que teve que ser reformado pelo STJ: “O amásio da vítima a esfaqueou no pescoço, com avulsão da musculatura, sendo denunciado por lesão corporal. O juiz monocrático – e com ele o colegiado – embora reconhecendo que não havia excludente da antijuridicidade, absolveu o réu, invocando ‘política criminal’ e ‘harmonia do lar’. O Tribunal, por seu turno, ao confirmar a sentença absolutória, acresceu o ‘princípio da bagatela’”. O STJ, em grau de recurso, assim se manifestou: “Não toca ao juiz, depois de reconhecer a inexistência de excludente de antijuridicidade, absolver o réu por razões metajurídicas. Também não se pode, no caso concreto, invocar o princípio da bagatela ou da insignificância, pois a vítima teve que ser atendida em pronto-socorro com ‘avulsão de musculatura do pescoço’” (RT 711/393). Oportuníssima, pois, a correção operada pelo STJ. Entretanto, ainda é comum encontrar julgados estabelecendo que “*em inúmeros casos tem o Poder Judiciário reconhecido ser aconselhável a absolvição do acusado que pratica pequenas agressões contra o cônjuge, ante a verificação de que o casal se reconciliou e de que a pequenez do agravo físico deve ceder perante o bom convívio familiar*” (sic) (RT 538/360);

- d) o pragmatismo inconseqüente do legislador, ao estabelecer, tábula rasa (e sem liberdade de conformação constitucional para tal<sup>15</sup>) que todos os crimes cujas penas não ultrapassem dois anos passem a ser considerados “crimes de menor potencial ofensivo”, passíveis, portanto, de transação penal, estando incluídos nesse rol crimes como atentado ao pudor mediante fraude, que nem de longe pode ser epitetado como *soft crime*;
- e) o inconstitucional julgamento proferido pela 5ª Turma do STJ, pelo qual o teto de dois anos estabelecido pela Lei 10.259 passou a servir como piso, permitindo-se a suspensão condicional do processo para todos os crimes cuja pena mínima não ultrapasse os dois anos, incluídos, portanto, nesse rol, crimes como: posse sexual mediante fraude, simples ou cometido contra menor de 18 anos; atentado ao pudor mediante fraude qualificada, corrupção de menores, rapto violento ou mediante fraude, mediação para servir a lascívia simples e quando cometido com emprego de violência, grave ameaça

ou fraude (sem considerar outros crimes como sonegação de tributos, peculato, corrupção, concussão, para citar apenas alguns).

A segunda, correlacionada à primeira, diz respeito à questão do bem jurídico protegido no casos dos assim denominados "crimes sexuais". Trata-se de alçar a liberdade de dispor do próprio corpo e da sexualidade *ao plano da proteção da dignidade da pessoa humana*. Tal proteção encontra guarida no núcleo essencial representado pelo novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Bens jurídicos a serem protegidos penalmente são aqueles que encontram resposta na Constituição. Nesse sentido, há que se ter claro que, no paradigma estabelecido pela Constituição de 1988, os delitos que devem receber especial atenção são aqueles que colocam em xeque os objetivos da República (com os olhos focados na realização do Estado Social previsto no art. 3º) e aqueles que violam os direitos humanos-fundamentais, incluída aí a questão da proteção da dignidade da pessoa (onde, a toda evidência, estão enquadrados os delitos sexuais).

De pronto, cabe criticar o perigoso pragmatismo de alguns setores do direito penal – ainda apegados a um paradigma liberal-iluminista – que:

- I. não questionam o legislador federal que, mediante a edição da Lei 10.259, alçou os delitos de atentado ao pudor mediante fraude e abuso de autoridade à categoria de *soft crimes* (menor potencial ofensivo), além de crimes como: EXPOSIÇÃO OU ABANDONO DE RECÉM NASCIDO (art. 134) e SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES (art. 249); VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, (art. 150, par. 1º); FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA (art. 203); ATENTADO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE (art. 216); DESACATO (art. 331), DESOBEDIÊNCIA (art. 359) e FRAUDE PROCESSUAL (art. 347); *CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA* (art. 2º da Lei 8.137); *CRIMES AMBIENTAIS* (art. 45 da Lei 9.605); *CRIMES COMETIDOS CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE* (arts. 228, 229, 230, 232, 234, 235, 236, 242, 243 e 244 da Lei 8.069); *CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA* (art.10, caput, e parágrafo primeiro, incisos I, II e III, da 10.437); *CALÚNIA* (art. 138), *DIFAMAÇÃO*

(art. 139) e INJÚRIA (art. 140); CRIMES OCORRIDOS NAS LICITAÇÕES (arts. 93, 97 e 98 da Lei 8.666);

II. não questionam a interpretação dada pela 5ª Turma do STJ ao art. 2º da Lei 10.249,<sup>16</sup> pela qual a Lei 10.259 passa a ser aplicável a todos os delitos cujas penas mínimas não ultrapassem os dois anos (o teto de dois anos para a aplicação da transação passa a ser o piso para a aplicação da suspensão condicional do processo), alcançando, inclusive, alguns crimes sexuais.

Em face de tais questões, é imperioso que se chame à atenção da comunidade jurídica para a função simbólica que representa a lei (mormente a penal). Para tanto, basta ver o tratamento dado a essa problemática por autores como Thomas Hobbes e Sigmund Freud, para citar apenas estes dois, em que, de certo modo, ocorre a aproximação dos mecanismos de interdição (Estado, como produto do contrato social, para fugir da barbárie, e a função do superego).

Não se deve confundir as devidas e necessárias garantias que devem ser proporcionadas a todos os acusados – e as posturas garantistas apontam para esse desiderato – com a função do direito penal e a necessidade da punição de determinadas condutas. No momento em que o legislador federal, ao seu bel prazer, estipula, por exemplo, que abuso de autoridade é delito de menor potencial ofensivo, utilizando, para tanto, o critério do montante da pena, *é chegado o momento de uma parada para uma reflexão acerca do papel do direito penal em nossa sociedade.*<sup>17</sup> Repito: não se pode perder de vista a função simbólica da lei; não se pode esquecer o papel da lei enquanto interdição, enquanto limite. A lei é barreira. O gozo da sociedade deve ser interditado de algum modo. Há dois filmes que merecem ser vistos e que auxiliam sobremaneira na compreensão da fenomenologia da violência e do papel das instituições: *O Senhor das Moscas* e *Cidade de Deus*. A questão que fica é: como recuperar a autoridade sem ser tirânico? Da ciência política, que nos ajuda a entender o problema do nascimento do Estado Moderno (muito bem representado pela metáfora do contrato social), até a psicanálise, onde o superego é nossa instância judiciária, passando pelas demais disciplinas, há que se *des-cobrir os caminhos* que podem nos levar para o *des-velamento* daquilo que tendencialmente

encobrimos... Entretanto, há que se ter muito cuidado! Afinal, diz Heidegger, no seu *Holzwege*:

“Na floresta há caminhos que, no mais das vezes sinuosos, terminam perdendo-se, subitamente, no não trilhado. Chamam-se caminhos da floresta (*Holzwege*).

Cada um segue separado, mas na mesma floresta (*Wald*). Parece, muitas vezes, que um é igual ao outro. Porém, apenas parece ser assim.

Somente os lenhadores e os guarda-florestais conhecem os caminhos. Eles sabem o que significa estar metido num caminho da floresta”.

- 1 Ver, nesse sentido, Grau, Eros Roberto, na Apresentação de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, obra para a qual, desde já, permito-me remeter o leitor, para um aprofundamento da problemática da hermenêutica.
- 2 Alguns exemplos são folclóricos no direito penal. Com efeito, para explicar o que é “estado de necessidade” constante no art. 25 do Código Penal, não é incomum encontrar professores (ainda hoje) usando o exemplo do naufrágio em alto mar, onde duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) “sobem em uma tábua”, e, na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade, uma vez que a tábua suportava apenas o peso de um deles...!). Cabe, pois, a pergunta: por que o professor (ou o manual), para explicar a excludente do estado de necessidade, não usa um exemplo do tipo “*menino pobre entra no Supermercado Carrefour e subtrai um pacote de bolacha a mando de sua mãe, que não tem o que comer em casa*”? Mas isto seria exigir demais da dogmática tradicional. Afinal de contas, exemplos deste tipo aproximariam perigosamente a ciência jurídica da realidade social... Na mesma linha: em recente concurso público no RS, perguntou-se: Caio quer matar Tício, com veneno; ao mesmo tempo, Mévio também deseja matar Tício (e, pasmem, com veneno!). Um não sabe da intenção assassina do outro. Ambos ministram apenas a metade da dose letal (não fica explicado em que circunstância Tício – com certeza um idiota – bebe as duas porções de veneno). Em consequência da ingestão das meias-doses, Mévio vem a perecer... E o concurso indagava: qual a solução jurídica? Em outro concurso, de âmbito nacional, a pergunta dizia respeito à solução jurídica a ser dada ao caso de um gêmeo xifópago ferir o outro (com certeza, gêmeos xifópagos andam armados, e em cada esquina encontramos vários deles...!). Dito de outro modo: desse modo, a cultura *standard* fornecida pelos manuais é reproduzida nas salas de aulas e nos concursos públicos. A propósito, há um manual que, para explicar a diferença entre culpa consciente e dolo eventual, utiliza um exemplo a partir do ato de um jardineiro, que quer cortar as ervas daninhas e corta o caule da flor... Não podemos esquecer, finalmente, o clássico exemplo do açúcar e do arsênico, utilizado, há várias décadas, para explicar o conceito de crime impossível...! Esta é apenas a ponta do *iceberg*, e que retrata a dura face do idealismo que permeia o discurso jurídico, que pode ser retratada pela seguinte anedota envolvendo o filósofo Hegel. Conta-se que, no auge de uma abstração filosófica, o filósofo foi interrompido por um de seus alunos, que lhe perguntou: “Mestre, tudo isto que o senhor está dizendo não tem absolutamente nada a ver com a realidade”. Ao que Hegel teria respondido: “Pior para a realidade”...
- 3 Cfe. JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 722-723. (grifei)
- 4 Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, em especial capítulos 3 e 4.
- 5 Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op. cit.; idem, *Símulas no Direito Brasileiro – Eficácia, Poder e Função – A ilegitimidade do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- 6 Mais algumas distorções: adulterar número de chassi de automóvel é crime punido com 3 a 6 anos de reclusão e multa, pena mínima maior que a de, p.ex.: lesão corporal grave em que a vítima perde, v.g., um dos olhos. Neste caso a punição é de 1 a 5 anos de reclusão; instigação ao suicídio, se vier a ocorrer a morte. Neste caso, a pena é de 2 a 6 anos de reclusão; infanticídio é castigado com 2 a 6 anos de detenção. Mais ainda: adulteração de chassi é mais grave que sonegação de impostos, corrupção e lavagem de dinheiro!



7 Já estou cansado de denunciar esse problema, que deveria provocar a angústia do estranhamento na comunidade jurídica brasileira. Resumidamente: O Código Penal estabelece, no art. 16, a figura do arrependimento posterior, isto é, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, em sendo o prejuízo reparado antes do recebimento da denúncia, ocorre uma diminuição de pena (um a dois terços). Imitando o que já acontecera com a Súmula 554, do STF, pela qual o passador de cheques sem fundos ficava isento do crime na hipótese de o prejuízo ser ressarcido antes do recebimento da denúncia (o que fere a isonomia constitucional), o legislador estabeleceu, via art. 34 da Lei 9.249/95, um favor legal aos sonegadores de tributos, pelo qual, pagando o valor sonegado antes do recebimento da denúncia, ocorre a extinção do crime. Recentemente a questão foi agravada, quando passou-se a aceitar o parcelamento da dívida, através de um REFIS, ao ponto de alguns sonegadores serem obsequiados com um parcelamento que ultrapassa um milhar de anos...! Tratando-se de hipótese de extinção de crime de sonegação de tributos, bem jurídico-penal que merece especialíssimo tratamento pelo direito penal do Estado Democrático de Direito, parece razoável entender que não há liberdade de conformação do legislador para estabelecer privilégios às pessoas que, com seus atos, colocam em xeque os objetivos da República, em especial o art. 3º. (Estado Social). De qualquer sorte, no mínimo, esse *favor legis* deveria ser estendido a todas as demais modalidades de delitos praticados contra o patrimônio em que não reste prejuízo (desde que cometidos sem violência contra a pessoa). Ou isto, ou estará solapado o princípio da isonomia. Isto para dizer o mínimo. Mas há um silêncio eloqüente da comunidade jurídica a esse respeito. Mas, sem dúvida, se fosse estabelecido uma espécie de REFIS para crimes como estelionato ou apropriação indébita, isto causaria espanto. Afinal, os crimes de sonegação sempre mereceram um tratamento especial do "establishment", ao ponto de, agora, com o advento da Lei 10.259, esse crime poder ser passível de transação penal.

8 O senso comum que domina o imaginário jurídico é construído a partir de um discurso – e busco aqui socorro no texto *O Neutro*, de Roland Barthes – que é vivido pelos usuários como um discurso universal, natural, óbvio, cuja tipicidade não é percebida e com relação ao qual todo "exterior" é relegado à categoria de margem ou desvio: discurso-lei que não é percebido como lei. Com Barthes, pode-se chamá-lo de "ideosfera": círculo, sistema de idéias-frases, de idéias fraseadas, de argumentos-fórmulas, portanto objeto linguageiro essencialmente copiável e/ou repetível, portanto fenômenos muito importantes de mimetismo. Pode haver um mimetismo (de uma determinada ideosfera) consciente, deliberado, quer por maquiavelismo, no nível dos Estados, quer por conformismo prudente, no nível dos indivíduos, cada vez que a ideosfera está ligada a um poder. Mas há também um mimetismo não-consciente: a ideosfera é inextricavelmente ligada a uma fé. Enfim, diz o mestre francês, ideosfera é palavra criada a partir de ideologia: sistema linguageiro de uma ideologia, precisando imediatamente, o que já torna inexacta a definição: toda ideologia é linguagem; é um discurso, um tipo de discurso.

9 WARAT, Luis Alberto. "Por quien cantan las sirenas". Florianópolis, Unoes, CPGD, UFSC, p. 100-111.

10 A *applicatio* aqui é entendida como a síntese hermenêutica do ato interpretativo. O intérprete não interpreta por partes, em fatias, como queria fazer crer a hermenêutica clássica, de índole reprodutiva (note-se que a dogmática jurídica tradicional ainda trabalha com esta percepção). Para tanto, ver STRECK, *Hermenêutica*, op.cit.

11 Para uma crítica mais aprofundada ao dedutivismo metafísico, consultar STRECK, *Hermenêutica*, op.cit..

12 Consultar STRECK, *Hermenêutica*, op.cit., em especial capítulo 12.

- 13 Outro problema que perpassa a dogmática jurídica é a confusão que se faz entre jurisprudência e acórdãos isolados. Muitas vezes os manuais citam ementários decorrentes de julgamentos isolados, os quais, reproduzidos de forma descontextualizada, produzem sentidos como se dominantes fossem. Frise-se, aliás, que, em face da própria reprodução, ocorre uma espécie de autopoiese jurisprudencial, pela qual o que era minoritário transforma-se em instrumento de uso corriqueiro, “universalizando” situações absolutamente “particulares”. E isto é, na dureza da palavra, uma prática metafísica.
- 14 Em outras palavras, estabeleceu-se uma cultura jurídica dentro da qual o cotidiano das práticas dos juristas fundamenta-se em conceitos lexicográficos, que, afora sua atemporalidade e ahistoricidade, sofrem de “anemia significativa”, sem falar no predomínio de definições simplistas e “acacias”, como, por exemplo, “agressão atual é aquela que está acontecendo; iminente é a que está por acontecer”; para caracterização de quadrilha, são necessárias 4 pessoas; para aferição do “conceito de mulher honesta”, de que trata o art. 217 do CP, discute-se se “moça de dezessete anos que trabalha fora é ou não é ingênua”, sendo colocadas à disposição do intérprete duas posições: uma no sentido de que a moça é ingênua (RT 524/338) e outra de que não é ingênua (RJTJSP 50/365)... De qualquer sorte, um importante manual informa, com segurança, que “a vítima que frequenta bailes e dorme fora de casa não é ingênua e inexperiente”. Por outro lado, o mesmo manual informa que, para a configuração do crime de sedução, a vítima deve ser virgem e casta, citando, para tanto, julgado publicado na RT 543/350. Não é necessário muito esforço para encontrar definições como “chave falsa é um instrumento, sob a forma de chave ou não, que se destina a abrir fechaduras”. Ou “pedaço de cabo de talher não é chave falsa” (JTACrimSP 92/52); ao mesmo tempo, há informação de que “clips é chave falsa” (RJDTACrimSP 6/95) (Ver, para tanto, Damásio de Jesus, op.cit., p. 560). Para contrabalançar, há outro “significante primordial-fundante” dando conta de que “micha é chave falsa” (ao que se poderia objetar: se micha não é chave, falsa não poder ser!). Compulsando a literatura jurídico-penal, descobre-se também que “se da agressão resulta para a vítima o arrancamento de dentes já irremediavelmente estragados, não é de ser reconhecida a agravante especial da lesão, mas sim o delito de lesões corporais de natureza leve” (RT 612/297), Mirabete, Julio F. CP Interpretado, 2001, p. 823. A contrário senso, se os dentes arrancados não estiverem estragados, a lesão será grave... No terreno dos crimes contra a administração pública, descobre-se que “a preguiça e o desleixo excluem o dolo do crime de prevaricação...” (RT 451/414, 486/356, in Damásio de Jesus, op.cit., 2. ed., p. 285).
- 15 Para tanto, ver a crítica que faço à Lei 10.259 em “Inconstitucionalidade (parcial sem redução de texto) da lei dos juizados especiais criminais federais”. *Revista do Ministério Público*, n. 47. Porto Alegre, Metrópole, 2002, 169-202.
- 16 Ver, para tanto, RHC 12.033-MS, julgado em 13.08.2002.
- 17 Sejam claros: estamos diante de uma arrematada ficção metafísica, onde se perde totalmente aquilo que na fenomenologia hermenêutica chamamos de diferença ontológica. O legislador parece ter recebido uma nítida inspiração sofisticada-nominalista, como a de um personagem de *Alice no País das Maravilhas*, que diz: “Eu dou às palavras o sentido que quero!”. Não tenho dúvidas em afirmar que, desta vez (ou uma vez mais), o legislador foi além de suas chinelas. Logo, deve ser corrigido, consoante será demonstrado no seguimento, tudo na estrita conformidade da jurisdição constitucional. A questão, pois, é muito mais grave do que possa parecer. A nova Lei 10.259 é típico exemplo de um pragmatismo inconseqüente que destrói a diferença. Esse pragmatismo vira ceticismo, porque, na medida em que cada ato humano tem um conteúdo fático, torna-se absolutamente problemático o processamento da validade desse ato. Com efeito, se elimino o elemento diferencial que identifica cada ato (valorado como delito), caio no

cinismo, uma vez que tanto faz qual o delito do extenso rol epitetado como de menor potencial ofensivo que vou cometer, porque a punição é a mesma, produto de uma transação. Por isso, está-se diante de um pragmatismo irresponsável. Ora, a delinquência ocorre quando um ato vulnera algum valor. No momento que a vulnerabilidade é subsumida em uma espécie de "impunidade de cunho universalizante" – em face da equiparação *ad hoc* de infrações absolutamente díspares e discrepantes entre si – desaparece a função do Direito enquanto interdito. A lei se auto-suprime, em face da possibilidade de todos não mais cumpri-la; logo, não será mais "lei". Essa "impunidade de cunho universalizante" nada mais é do que o produto de uma pasteurização das transgressões, no interior do qual não dá mais para distinguir um ente de outro. Dizendo de um modo mais simples, pode-se afirmar que, tendo o legislador "isonomizado" (sic) dezenas de punições, é possível delinquir de 50 ou mais modos diferentes, porque exatamente está-se diante de uma "zona cinzenta", em que todos os gatos são pretos. Essa isonomização abstrata impede a aplicação concreta do princípio da lesividade. Historicamente este princípio tem desempenhado um papel fundamental na configuração do moderno Estado de Direito, especialmente para evitar aplicações absurdas de pena, ao possibilitar a distinção em fatos efetivamente lesivos e não lesivos. Contrariamente ao expediente legislativo adotado na lei nº 10.259, que considerou a falta de ofensividade abstratamente, o princípio da lesividade somente pode ser aplicado concretamente, o que explica a sua necessária indeterminação significativa.

POR UMA PERSPECTIVA  
FEMINISTA NO DEBATE  
JURÍDICO:  
ANOTAÇÕES A PARTIR DO JULGAMENTO  
DO HABEAS CORPUS 81.288-1 – SC  
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

---

Roger Raupp Rios

*Introdução* A importância do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 81.288-1, discutindo a subsunção do delito de estupro ao regime dos crimes hediondos, estabelecido pela Lei nº 8.072, de 1990, pode ser percebida a partir da atenção que grupos feministas como a *Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero* lhe dedicam, como testemunha esta publicação. Neste pequeno estudo, proponho algumas reflexões sobre o julgado, considerando principalmente o voto proferido pela Exma. Ministra Ellen Gracie Northfleet, dada a relevância das razões ali desenvolvidas. Faço isto a partir da consideração esquemática das diversas visões feministas sobre o direito. Sem adentrar no mérito da questão penal que provocou o debate entre os Ministros do STF, minha intenção é apenas circunscrever o tema no quadro geral das perspectivas feministas sobre o direito. Com efeito, salvo melhor juízo, o referido voto, lido nesta perspectiva, pode chamar a atenção dos diversos operadores jurídicos para uma perspectiva virtualmente ignorada na jurisprudência nacional. Peço licença, portanto, para desculpar-me antecipadamente às teóricas feministas brasileiras, na medida em que estas notas não têm a pretensão de retratar a riqueza e

os inúmeros desdobramentos de uma abordagem feminista do direito brasileiro. Mesmo correndo os riscos da simplificação, as informações e as idéias que serão a seguir apresentadas objetivam somente suscitar nos espíritos dos operadores jurídicos a possibilidade e a necessidade de um outro olhar e de abrirem-se os ouvidos para outras vozes na prática jurídica, dada a oportunidade propiciada pelo aludido voto, proferido no mais importante foro jurídico nacional.

Após esta breve introdução, estas reflexões dividem-se em duas partes. Na primeira, há uma exposição sucinta e esquemática das correntes que dominam o debate feminista e de seus desdobramentos jurídicos. Na segunda, destaco alguns pontos no referido voto e suas possíveis conexões para o desenvolvimento do direito brasileiro numa perspectiva de gênero.

*1. O debate jurídico-feminista* A partir da década de 1980, tomam corpo nos debates jurídicos ocidentais, principalmente norte-americanos, as contribuições dos chamados movimentos críticos. Sua existência exerceu e continua a exercer influência fundamental em outros ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil. Dentre eles, merecem especial destaque a *critical race theory* e a *feminist legal theory*.<sup>1</sup>

Numa apresentação simplificada, a teoria feminista do direito, partindo das premissas básicas do movimento feminista,<sup>2</sup> critica a pretensa neutralidade do direito como um processo neutro e universal de tomada de decisões do ponto de vista sexual, afirmando sua incapacidade de responder adequadamente à condição feminina e aos interesses, valores, medos e danos experimentados por mulheres. As várias correntes que se apresentam no seio da *feminist legal theory* são geralmente agrupadas<sup>3</sup> como (a) feminismo liberal, (b) feminismo culturalista, (c) feminismo radical e (d) feminismo pós-moderno.

As feministas liberais defendem a superação das desigualdades experimentadas pelas mulheres mediante a igualdade de tratamento, relutando admitir medidas diferenciadas por nelas vislumbrar a presença

de uma ideologia de superioridade masculina que se traduz, por exemplo, em atitudes paternalistas, reforçadoras dos papéis tradicionais que inferiorizam mulheres diante de homens.<sup>4</sup> Trata-se de uma postura tipicamente antidiferenciadora entre os sexos, tanto que algumas feministas liberais são chamadas de “feministas simétricas”, numa referência ao modo de aplicação da igualdade entre homens e mulheres.<sup>5</sup> Conseqüentemente, no campo jurídico, a argumentação empregada pelas feministas liberais advoga, por exemplo, a identificação da gravidez a qualquer outra condição física que inabilite homens ao trabalho – uma “doença”, ao invés de uma capacidade única e positiva.<sup>6</sup> Daí a crítica a suas posturas, comumente tachadas de “assimilacionistas”, por implicar a aceitação do modelo masculino como norma universal em face da qual a igualdade de tratamento será verificada e à qual as mulheres devem se conformar. O assimilacionismo, neste contexto, seria uma das duas formas que a idéia de igualdade simétrica assume no feminismo liberal – a outra seria a androginia.<sup>7</sup> Enquanto o primeiro, dadas as condições iguais, conduziria as mulheres à adesão ao modelo masculino (pois este é socialmente aceito como se fosse um parâmetro geral, apesar de maculino), o segundo proporia a adoção de regras e práticas sensíveis a características médias de homens e mulheres (donde a caracterização de androginia).

O feminismo culturalista, também conhecido como relacional, tem como ponto de partida a postulação da existência de diferenças fundamentais entre homens e mulheres. As feministas culturalistas têm como referência fundamental a obra da psicóloga Carol Gilligan, segundo a qual homens e mulheres apresentam diferentes processos de desenvolvimento moral. Enquanto os homens, ao depararem-se com conflitos morais, freqüentemente organizam-se por meio das idéias de justiça e formulam raciocínios lógicos baseados em direitos individuais abstratos, mulheres são mais inclinadas a uma ética de cuidado, preocupada na preservação das relações e preferindo soluções contextuais e particularizadas.<sup>8</sup> Segundo as feministas relacionais, a *voz diferente* resultante deste processo diferenciado de desenvolvimento moral possibilitaria às mulheres maior capacidade de solução dos problemas, dada a ênfase em valores como cuidado com o outro, abertura, simpatia, paciência e amor. A denominação *culturalista* deve-se ao fato de representantes

desta corrente visualizarem a libertação feminina através da afirmação de uma contra-cultura centrada na realidade das mulheres.

A afirmação de tal contra-cultura faria a realidade feminina inassimilável à norma geral de igualdade de tratamento, daí enfatizando que o tratamento como igual destas duas realidades diversas só é possível através de medidas diferenciadas. Neste sentido, as feministas culturalistas divergem da argumentação geralmente aceita pelas feministas liberais (que apostam no discurso antidiferenciador, como referido), na medida em que seus pressupostos conduzem a uma aplicação assimétrica do princípio da igualdade, centrada na condição feminina diferenciada da masculina.<sup>9</sup> Todavia, as feministas culturalistas, segundo seus críticos, restringem-se a admitir a assimetria como estratégia de antidiscriminação. Faltaria às feministas culturalistas insistir na posição estrutural de desvantagem feminina (o que abre caminho para as feministas radicais), sob pena de, na prática, certas posições feministas concordarem com machistas conservadores<sup>10</sup> no caráter essencial das diferenças entre os sexos, abrindo a possibilidade destes legitimarem as consequências daí decorrentes.

O feminismo radical, por sua vez, sustenta que a desigualdade sexual no direito é resultado da sistemática subordinação social das mulheres, não simplesmente uma aplicação irracional e preconceituosa do princípio da igualdade. Sua crítica denuncia a masculinidade como pano-de-fundo onde são forjadas as idéias de “neutralidade por motivo de gênero” ou “proteção jurídica especial a mulheres” – temas centrais, respectivamente, para as feministas liberais e as feministas culturalistas. Em lugar das categorias igualdade x diferença, tensão sempre subjacente nos argumentos liberais ou culturalistas, as feministas radicais sugerem a abordagem da dominação.

Segundo a mais expressiva teórica desta corrente, a abordagem das feministas liberais e das feministas culturais (denominada perspectiva da diferença) acaba aceitando de modo acrítico a realidade da supremacia masculina entre os sexos, na medida em que aceita o *status quo* como *standard*. Neste sentido, a perspectiva da diferença seria machista, mesmo que expressa por mulheres. Já a “perspectiva da dominação”

seria feminista, na medida em que percebe as desigualdades sociais a partir da condição subordinada das mulheres aos homens.<sup>11</sup> Juridicamente, para combater a discriminação (resultante da dominação masculina), o feminismo radical volta sua atenção predominantemente para as manifestações concretas da dominação masculina, centrando-se em temas como estupro, aborto, direitos de gays e lésbicas, tráfico de mulheres e assédio sexual.<sup>12</sup> Nesta linha, salientam a inconsistência da neutralidade associada à estratégia antidiferenciadora geralmente empregada nos debates sobre igualdade entre os gêneros,<sup>13</sup> bem como a necessidade de considerar-se a situação de desvantagem feminina decorrente da dominação masculina.<sup>14</sup>

Por fim, o feminismo pós-moderno. Entendido como crítica radical às formulações essencialistas e universalistas presentes nas demais correntes feministas (no caso do feminismo liberal e culturalista, o essencialismo; no caso do feminismo radical, a universalização da condição de subordinação), o feminismo pós-moderno enfatiza a inexistência de uma experiência feminina monolítica, salientando a diversidade racial, econômica, social, religiosa, étnica e cultural de cada mulher. Neste sentido, ele aponta para a utilização pragmática do direito, de acordo com tais peculiaridades, sem comprometer-se com a formulação de uma teoria jurídica capaz de sistematizar os diversos institutos jurídicos.<sup>15</sup> De todo modo, a principal preocupação das feministas pós-modernas é a construção de respostas jurídicas à discriminação sexual a partir da desvantagem estrutural experimentada pelas mulheres nas mais diversificadas posições; ao propor tal formulação, o feminismo pós-moderno sugere uma abordagem diversa do ideal de “igualdade simétrica” das feministas liberais, da “desigualdade essencial” das feministas culturalistas ou da “subordinação universal” das feministas radicais.<sup>16</sup>

*2. Habeas Corpus nº 81.288-1-SC: notas para o desenvolvimento de uma perspectiva feminista na jurisprudência nacional* Tendo descrito esquematicamente as principais correntes do feminismo e apontado algumas de suas



conseqüências na dinâmica jurídica, detenho-me, a partir de agora, no precedente do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus nº 81.288-1-SC. Não voltarei minha atenção para a definição jurídica penal, extremamente relevante, do estupro “simples” como crime hediondo. Dados os limites destas reflexões e a muito pouca familiaridade com a prática do direito criminal, tal tarefa será melhor conduzida por outras pessoas em outros espaços. Simplesmente destacarei alguns trechos do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie e, a partir deles, elaborarei algumas notas, refletindo sobre possíveis desdobramentos para o debate jurídico nacional e, principalmente, para a prática jurídica.

O primeiro aspecto a ser salientado são as circunstâncias fáticas do caso concreto. O relatório, da lavra do Ministro Carlos Velloso, enfatiza o local (em casa), a freqüência (habitualidade) e o ambiente (familiar) onde a violência ocorreu:

“A filha Patrícia, vítima mais velha, noticiou a ocorrência do primeiro estupro na comarca de Ibirama, isto quando contava com apenas 11 anos de idade. O ato sexual criminoso se houve quando sua mãe saiu, não havendo mais ninguém na residência, a não ser réu e vítima. E assim se sucederam inúmeros crimes, cerca de dois por semana durante aproximadamente cinco anos, o acusado utilizando-se sempre do mesmo *modus operandi*, qual seja, com a ausência da esposa, mandava o irmão fazer qualquer tarefa para ficar sozinho na residência com a vítima, quando então ocorria o constrangimento sexual.

Relatou Patrícia, inclusive, que a violência chegou ao ponto do acusado lhe ter amordaçado com as vestes da mesma que antes rasgara.

No que se refere à vítima Gisele, com a saída de Patrícia do lar, pelos motivos acima delineados, o réu, lançando mão de idêntica maneira de execução, passou a estuprá-la com a mesma regularidade, porém durante um lapso temporal de aproximadamente cinco meses.”

O voto da Ministra, por sua vez, ao longo de sua argumentação, enfatizou diversos aspectos relacionados ao estupro, cujo conteúdo, a meu ver, pode ser relacionado às questões colocadas pelas diversas correntes do feminismo.

Destaco alguns trechos do voto:

a) a extrema gravidade dos danos decorrentes do estupro:

“Assim deliberando, mostrou-se o legislador atento à efetiva gravidade deste crime, raras vezes denunciado, e que produz em suas vítimas tantas seqüelas, tão graves e de tão extensa duração. Creio ser possível afirmar, com base científica, não haja no rol do Código Penal, excetuado o próprio homicídio, outra conduta agressiva que sujeite a respectiva vítima a tamanhas consequências nefastas e que tanto se prolonguem no tempo.”

b) a necessidade dos operadores jurídicos conhecerem a realidade:

“No entanto, tanto o legislador que atua sobre a realidade, para transformá-la, quanto o intérprete que complementa esse esforço de aperfeiçoamento da sociedade necessitam, por doloroso ou repugnante que seja, ter exato conhecimento da realidade sobre a qual irão incidir suas intervenções.”

c) a dramática subnotificação do crime:

“Algumas condições específicas podem comprometer ainda mais a notificação destes crimes. Assim, é possível que a agressão sexual ocorrida dentro das relações de matrimônio ou união consensual esteja entre as mais ocultadas (GRAMS et al., 1997). Nos casos de incesto, estes percentuais podem ultrapassar os 95% em determinadas comunidades (SÁNCHEZ, 1989; URRERA & SCH, 1993)”.

d) a vulnerabilidade feminina no espaço doméstico:

“A violência representa uma das principais causas de morbidade e mortalidade, principalmente entre a população jovem. En-

quanto os homicídios ocorrem em espaços públicos, atingindo principalmente o sexo masculino, a agressão sexual atinge preferentemente o sexo feminino, dentro do espaço doméstico. Estas mulheres são alvo de seqüelas físicas e psicológicas, tornando-se mais vulneráveis a diversos problemas de saúde (BRASIL, 1999)'.  
LACERDA

e) os danos potenciais, relativos a DSTs e à saúde reprodutiva:

"Entre as crianças, o impacto do abuso sexual pode produzir uma importante condição futura de vulnerabilidade, facilitando uma revitimização na adolescência ou na vida adulta. Particularmente naquelas envolvidas com formas severas de violência, observa-se uma menor prevalência de uso de contraceptivos e de práticas sexuais seguras. Conseqüentemente, durante a adolescência, apresentam maior risco de gravidez e de contrair uma DST (Doença Sexualmente Transmissível)".

f) as gravíssimas seqüelas emocionais e sexuais:

"Mas há, ainda, as conseqüências de ordem emocional, que, embora não se possam, por vezes, demonstrar com a mesma clareza e precisão numérica das moléstias físicas, têm também sido estudadas, com detalhe, pelos especialistas". (...)

"Cerca de 40% das mulheres apresentam queixas sexuais após o estupro, sendo que algumas podem evoluir para quadros mais severos, culminando na completa aversão ao sexo (BURGESS & HOLMSTRON, 1973; MASTERS & JOHNSON, 1979; BECKER et al., 1984)". (...)

"A fase crônica também se caracteriza pela ocorrência de problemas como: depressão, bulimia, anorexia nervosa, baixa autoestima, fobias diversas e dificuldades de relacionamento interpessoal (HALL et al., 1989; MOSCARELLO, 1990; MACKAY et al., 1992; DANSKY et al., 1997; KULKOSKI & KILIAN, 1997; THELEN, SHERMAN, BORST, 1998; ROOSA, REINHOLTZ, ANGELINI, 1999)". (...)

“A prevalência de idéias suicidas persistentes e de tentativa de suicídio é elevada nos casos de SDPT, principalmente entre adolescentes abusados durante a infância. Neste grupo, a tentativa de suicídio alcança até 15% das vítimas femininas, com percentual semelhante para o sexo masculino (BOWYER & DALTON, 1997; BRYANT & RANGE, 1997; STHATAM et al., 1998). Há dados que sugerem que o risco seja ainda maior para mulheres revitimizadas (CLOITRE, SCARVALONE, DIFEDE, 1997). Em nosso meio, há registro de taxas um pouco menores, em torno de 10% (DREZETT et al., 1996)”. (...)

“A ‘dificuldade em regular afeto’ comporta fenômenos depressivos, impulsividade e posturas oposicionais. Por fim, descreve-se a ‘tendência a evitar relações íntimas’, caracterizada pela dificuldade em confiar no adulto e manter relações de proximidade física ou emocional (JAMES, 1994)”. (....)

“Os efeitos malignos do estupro não surpreendem, considerando-se a violência física, psicológica ou moral que ele implica (Breslau et al. 1991; Herman, 1992). Um estudo dos EUA determinou que as vítimas de estupro eram nove vezes mais propensas a cometer tentativas de suicídio e duas vezes mais susceptíveis à depressão profunda que as mulheres não-vitimadas (Kilpatrick, 1990)”.

g) destaque, especialmente, a vitimização e o impacto na construção da subjetividade feminina:

“A vitimização sexual precoce também pode deixar as mulheres com menos habilidades para se protegerem, menos seguras de seu valor e de seus limites pessoais e mais propensas a aceitar a vitimização como parte de seu ser feminino. Esses efeitos podem aumentar as possibilidades de uma futura revitimização (Koss, 1990)”.

Tudo conduzindo à conclusão inequívoca, na última parte do voto, de que “não fora a expressa inclusão do delito, em sua forma simples, entre os que o artigo 1º da Lei nº 8.072/90

reputou hediondos, como procurei demonstrar no início deste voto, e, ainda assim, seria viável afirmar que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave.”

A transcrição destes trechos, a meu ver, ilustra as diversas preocupações presentes ao longo do voto, cujos conteúdos, como referi acima, podem ser relacionados com algumas das mais importantes questões trazidas pelo debate feminista à prática do direito.

Inicialmente, deve-se salientar que se trata de um caso onde se discute o crime de estupro. A compreensão jurídica deste delito, como aponta Deborah Rhode,<sup>17</sup> possibilita ver as ambigüidades e as tensões presentes na relação entre direito e gênero. Precisamente, por se tratar de uma espécie de violência sexual reprimida desde a Antigüidade, o estupro revela quão presentes estão conteúdos e preconceitos de classe, sexo e raça. Estatísticas criminais apontam que a cor negra das vítimas, combinada com a cor branca dos ofensores, implica menor quantidade de pena ou maior quantidade de absolvições, assim como a cor negra dos acusados, em contraste com a cor branca das vítimas, resulta em maior penalização, quando não linchamento. A história do direito inglês fornece um exemplo onde a tensão entre a violência entre os gêneros é mitigada pela classe: nobres reclamando indenização pelo estupro de suas empregadas mereciam maior paga que aquela recebida quando plebeus pleiteavam a mesma reparação.

A par de ser um caso de estupro, os conteúdos explicitados sugerem caminhos para o desenvolvimento de uma perspectiva feminista no direito brasileiro.

A primeira reflexão diz respeito à discussão, em si mesma, do caráter hediondo ou não do crime. Não me refiro à discussão da dogmática penal nem a indagações criminológicas, que, como disse, não são objeto desta nota. Preocupo-me, ao invés disso, com as percepções sobre as relações de gênero subjacentes à discussão jurídica. Isto porque a exigência de “lesões de natureza grave” traz à tona percepções sobre a dinâmica sexual entre homens e mulheres. Só merecia maior proteção aquela mulher cuja resistência física acabasse acarretando lesões ainda maiores que as inerentes a qualquer estupro. Mulheres paralisadas pelo

medo ou pelo temor diante do agressor, mulheres com equilíbrio emocional suficiente para avaliar os riscos de maior brutalidade que uma reação física mais intensa provavelmente provocaria, por exemplo, geram menor repressão penal, dada a menor probabilidade das “lesões graves”. Não é preciso avançar mais nesta reflexão para concluir que o debate, legislativo ou jurisprudencial, sobre o requerimento das “lesões graves” para desencadear maior proteção, indica a prevalência de uma perspectiva masculina, consciente ou não. Isto porque a intensidade da censura à violência desferida pelo agressor dependerá, em muitos casos, da concorrência da conduta da mulher e não da atitude masculina. Evidentemente, qualquer corrente feminista contrapõe-se a tal fato, mas vale acentuar a propriedade do feminismo liberal e, especialmente, do feminismo radical para combater esta percepção.

Muitos trechos transcritos expressam percepções femininas do estupro. A menção a grupos de trabalho e pesquisas lideradas por profissionais e cientistas mulheres aponta para os efeitos na vida das mulheres, vistos e ponderados por mulheres, da violência sexual nas várias idades e de seus desdobramentos ao longo de toda a vida feminina. A adoção desta perspectiva é um diferencial, se considerado, por exemplo, o machismo embutido na busca de “lesões graves”, como referi no parágrafo anterior. Esta perspectiva, que estrutura este estudo, pode ser associada ao feminismo culturalista, de forma textual, inclusive, quando esta corrente reclama o levantar de uma outra voz, diversa da masculina, em face da realidade.

Os estupros “em família”, silenciados pela “proteção do lar” (também sublinhados no voto), podem ser relacionados com a construção da feminilidade pelos estereótipos da “esposa casta” e da “prostituta vulgar”, decorrentes de estereótipos machistas (iniciativa – agressividade) e femininos (passividade – conformidade). De fato, o sexo “obrigatório” com o marido, ainda que contra a vontade da mulher, tem sido ao longo da história o caminho pelo qual se introduz subordinação e violência física e moral. A “lógica doméstica” do exercício da violência também se manifesta pela desvalorização da proteção a mulheres profissionais do sexo, cuja coisificação é recomendada, inclusive, para a preservação da moral familiar. Conforme Néelson Hungria, mal deplorável, a prostituição feminina é necessária, dada sua:

“função preventiva na entrosagem da máquina social: é uma válvula de escapamento à pressão irrecusável do instinto, que jamais se apaziguou na fórmula social da monogamia, e reclama satisfação antes mesmo que o homem atinja a idade civil do casamento ou a suficiente aptidão para assumir os encargos da formação de um lar. Anular o meretrício, se isso fora possível, seria inquestionavelmente orientar a imoralidade para o recesso dos lares e fazer reverter a libido para a prática de todos os crimes sociais”.<sup>18</sup>

Nesta contraposição complementar entre a “rainha do lar” e a “prostituta vulgar”, o estupro faz pensar como a violência, mediada e encoberta pelo espaço doméstico, ao mesmo tempo se nutre e é nutrida pelos estereótipos masculinos e femininos.

As graves conseqüências para a construção da subjetividade feminina decorrentes do estupro também foram salientadas nos trechos acima transcritos. Não só o risco de contágio imediato e posterior de doenças venéreas, como até mesmo a eliminação da própria vida por suas próprias mãos, são desdobramentos dramáticos da profunda violência. A definição ou não do delito como hediondo, nesta linha, pode ser relacionada com algumas lições do feminismo pós-moderno. Uma das características mais notáveis desta corrente é a insistência no papel do direito na construção social das diversas e variadas subjetividades. Como disse Mary Joe Frug, a importância do direito não está somente na sua capacidade de prevenir danos às mulheres, mas também atua na própria construção da feminilidade. Falando sobre esta construção, ela salientou que:

“as regras jurídicas permitem e algumas vezes ordenam a sexualização do corpo feminino. Isto ocorre através das previsões que criminalizam a conduta sexual individual, como as regras contrárias ao sexo comercial (prostituição) ou ao sexo entre iguais (homossexualidade), e também através de regras que legitimam e dão suporte a instituições como a pornografia, publicidade e diversões que erotizam o corpo feminino. Sexualização também ocorre, paradoxalmente, na aplicação de leis sobre o estupro ou assédio sexual, regras que são designadas para proteger mulheres contra ofensas relacionadas ao sexo. Estas regras garantem ou negam proteção às mulheres inquirindo-as acerca de sua promiscuidade

sexual. Quanto mais sexualmente disponível ou desejável uma mulher pareça, menos proteção provavelmente estas regras lhe propiciarão. Outro sentido do 'corpo feminino', portanto, é um corpo que é 'para' sexo com homens, um corpo que é 'desejável' e também estuprável, que deseja sexo e quer ser estuprado. O discurso jurídico dá suporte a este significado".<sup>19</sup>

*Conclusão* A importância do aludido julgamento, especialmente do conteúdo do voto proferido pela Ministra Ellen G. Northfleet, não se resume, na minha opinião, à histórica consideração pelo STF da intensidade assustadora da violência ínsita ao crime de estupro. Ao longo de sua argumentação, o voto apresentou e valorou uma série de elementos de extrema relevância, apontando para a necessidade dos operadores jurídicos considerarem a realidade das relações de gênero nos mais diversos âmbitos em que estas se apresentam ao Poder Judiciário e à prática jurídica.

Estas notas tentaram estabelecer relações entre alguns dos elementos aludidos e as correntes predominantes no debate jurídico feminista, na esperança de que tal quadro seja útil à prática jurídica diante de questões de gênero. Mais que oferecer à crítica dos interessados as conexões que esbocei, importa colaborar para a consolidação de um outro olhar diante da discriminação e da violência que caracterizam as relações de gênero, tarefa em que os operadores do direito não podem, sem dúvida nenhuma, ignorar ou subestimar o precedente lavrado no HC 81.288-1-SC.



- 1 Ver, para uma exposição geral do surgimento das diversas abordagens críticas à teoria do direito nos Estados Unidos, Gary Minda, *Postmodern Legal Movements – Law and Jurisprudence at Century's End*, New York: New York University Press, 1995.
- 2 Vale dizer: 1) o fato de que a sociedade é dominada e modelada por homens (patriarcalismo) e 2) a condição de subordinação feminina perpetrada pelos homens (ver Gary Minda, op. cit., p. 128).
- 3 Para uma tal classificação das diversas correntes na *feminist legal theory*, ver, dentre outros, além da citada Gary Minda (op. cit., p. 128), Michael Gerhardt, Thomas D. Rowe, Rebecca L. Brown e Girardeau Spann (*Constitutional Theory – arguments and perspectives*, New York: Lexis Publishing, 2000, p. 329), Virginia Held, 'Liberty and Equality from a Feminist Perspective', in *Enlightenment, Rights and Revolution – Essays in Legal and Social Philosophy*, Neil MacCormick e Zenon Bankowski, Aylesbury: Aberdeen University Press, 1989, p. 214).
- 4 Ver, por exemplo, a atividade acadêmica e profissional de Ruth Bader Ginsburg, atual juíza da Suprema Corte, 'Some reflections on the Feminist Legal Thought of the 1970s', *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 10 (artigo com Barbara Flagg).
- 5 Ver, por exemplo, Brown, Emerson, Freeman e Falk, "The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women", *Yale Law Journal*, 1971, p. 871; Richard Wasserstrom, "Racism, sexism and preferential treatment: an approach to the topics", *University of California Law Review*, 1977, p. 581.
- 6 Ver, por exemplo, Wendy W. Williams, "Equality's riddle: pregnancy and the Equal Treatment – Special Treatment debate", *New York University Review of Law and Social Change*, 1985, p. 325.
- 7 Ver Christine A. Littleton, "Reconstructing Sexual Equality", *California Law Review*, jul./1997, p. 1292.
- 8 A referência fundamental é a obra *In a different voice: psychological theory and women's development*, Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- 9 Ver, por exemplo, Elizabeth Wolgast, *Equality and the rights of women*, Ithaca: Cornell University Press, 1980; Sylvia A. Law, "Rethinking Sex and the Constitution", *University of Pennsylvania Law Review*, jun./1984, p. 995; Robin West, "The difference in women's hedonic lives: a phenomenological critique of feminist legal theory", *Wisconsin Women's Law Journal*, 1987, p. 81; Mary Becker, "Towards a substantive feminism", *University of Chicago Legal Forum*, 1999, p. 21.
- 10 Ver Deborah L. Rhode, *Justice and Gender – Sex Discrimination and the Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1989, p. 2 e 117.
- 11 Ver Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified*, Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 42.
- 12 Ver C. MacKinnon, ver *Sex Equality*, New York: Foundation Press, 2001, especialmente a introdução.
- 13 Nas palavras de Catharine MacKinnon, "the legal pursuit of sex equality has been shaped in a very specific way by the ruling equality paradigm. The preferred definition of equality as sameness has interacted with the definition of the sexes as different. Women – the sex-defined group considered 'different' that has most needed equality through the law – have not fared well under this paradigm. (...) Thus, in the received traditions, equality is a sameness and gender is a difference. To define equality in terms of sameness and women as 'not the same' thus raises the question whether women will be equal under this approach only when they are no longer women. To consider this question is not to affirm women's sameness to men or women's differences

from men, but to face a conflict at the point of intersection between the ruling equality paradigm and the social definition of women as such. Sex equality, so understood, appears to be a contradiction in terms." (*Sex Equality*, New York: Foundation Press, 2001, p. 20).

- 14 Conforme a acima citada C. MacKinnon, "Fundamentally, the law has often failed to call the problem of discrimination by a real name – say, white supremacy or male dominance. It has instead used more neutral terms like 'racism' or 'racial classifications' or 'race' or 'sexism' or 'sex classifications', or 'sex', terms that fail to specify who is doing what to whom. (...) Finally, different treatment where differences are seen to be real, the same principle that animates the so-called exceptions that saves the main equality principle of sameness from absurdity, has animated the worst human rights abuses known to history, including racial segregation in the American South and extermination of Jews and others under Germany's Third Reich." (op. cit., p. 21).
- 15 Ver Michael J. Gerhardt e outros, op. cit., p. 335 e Gary Minda, op. cit., p. 144.
- 16 Ver Deborah L. Rhode, *Justice and Gender – sex discrimination and the law*, Cambridge: Harvard University Press, 1989, p. 317-321.
- 17 Ver D. Rhode, op. cit., p. 244 e seguintes.
- 18 Ver Néelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. VIII, p. 270.
- 19 Ver Mary Joe Frug, "A Post Modern Feminist Legal Manifesto", in *After Identity*, org. Dan Danielsen e Karen Engle, New York: Routledge, 1995, p. 12.

## DOSSIÊ ADVOCACIA FEMINISTA

Rúbia Abs da Cruz

*“O papel da vítima ainda é desvalorizado, na medida em que se restringe apenas a ser prova na definição da culpa do acusado, estando o próprio corpo da vítima a serviço da Justiça, sem que esta demonstre real preocupação com as repercussões nele sofridas.” (Sônia Rovinski)<sup>1</sup>*

O “Dossiê Advocacia Feminista” busca fazer uma análise sócio-jurídica de gênero, do discurso jurídico que fundamenta uma absolvição ou condenação nos crimes sexuais. Na análise dos argumentos, verifica-se quais os efeitos, no caso concreto, da utilização de valores morais, de estereótipos e discriminações, quando está em julgamento um crime sexual cometido contra as mulheres.

A análise contemplou processos referentes a crimes sexuais, no período de 1997 até a presente data (últimos seis anos), sendo que todos foram ou ainda são acompanhados pelo programa Advocacia Feminista da Themis. Dos cinco casos escolhidos para a análise, quatro processos são criminais e um é cível. Todos são da comarca de Porto Alegre. Dentre os casos analisados, três processos são de estupro, um de atentado ao pudor mediante fraude, e outro de indenização por assédio sexual. Destes cinco processos, quatro deles já foram julgados em primeiro e segundo graus,<sup>2</sup> sendo que destes, três já transitaram em julgado<sup>3</sup> e um aguarda publicação da decisão de segundo grau para o ingresso de recurso. O processo cível analisado tem somente a decisão de primeiro

grau, encontrando-se na fase de Apelação<sup>4</sup> para decisão em segundo grau.

Na análise dos processos, descreve-se, em um primeiro momento, como o fato chegou ao atendimento jurídico da Themis, com o relato das mulheres atendidas. Após, realiza-se uma breve descrição do processo, com um relatório de todos os andamentos importantes. Destacam-se a denúncia<sup>5</sup> ou a petição inicial,<sup>6</sup> a perícia,<sup>7</sup> as provas utilizadas, as petições e recursos importantes - como, memoriais,<sup>8</sup> alegações finais,<sup>9</sup> parecer do ministério público, sentenças,<sup>10</sup> apelações, agravos<sup>11</sup> e recursos extraordinários.<sup>12</sup>

Após o relatório do processo, passa-se a fazer uma análise mais detalhada dos argumentos e fundamentos das sentenças, dos pareceres do Ministério Público em primeiro e segundo graus e dos acórdãos, realizando-se uma análise crítica de cada um dos casos. Encerra-se com as considerações finais.

## CASO I

PROCESSO Nº 1397303643

Paulo dos Santos Dutra X Sandra N. R.<sup>13</sup>

*O atendimento jurídico - Relato de Sandra* Em junho de 1999, a adolescente S.N.R. procurou a Themis para relatar o que havia acontecido em 15 de outubro de 1997, durante uma consulta médica, quando tinha 16 anos de idade.

A vítima foi encaminhada à Themis, através do Maria Mulher,<sup>14</sup> quando o processo já estava em andamento.

Relatou que foi consultar um médico porque estava com dores nas costas. Foi a sua primeira consulta sem a presença da mãe. Estava acompanhada de sua prima, que na época tinha 14 anos de idade, mas que a aguardou na sala de espera.

A consulta durou cerca de 30 minutos. O médico iniciou a consulta mandando que tirasse a blusa e, após, o sutiã e que permanecesse de pé.