

A MULHER E O DIREITO PENAL BRASILEIRO: ENTRE A CRIMINALIZAÇÃO PELO GÊNERO E A AUSÊNCIA DE TUTELA PENAL JUSTIFICADA PELO MACHISMO

THE WOMEN AND BRAZILIAN CRIMINAL LAW: THE CRIMINALIZATION OF THE GENRE AND THE LACK OF PROTECTION JUSTIFIED BY THE MACHISM

Helena Henkin Coelho Netto^{*}
Paulo César Corrêa Borges^{**}

SUMÁRIO: Introdução 1. A origem da desigualdade de gênero e a prisão 2. Mulher e crime 3. Direitos da humana sobre uma perspectiva criminológica 4. A negação da mulher como sujeito de direitos: a tutela penal da reprodução e da sexualidade femininas 5. Os tipos penais de gênero. Considerações Finais.

RESUMO: As relações de gênero perpassam a sociedade, seus fenômenos e instituições. O Direito Penal é uma das instituições basilares do estado capitalista moderno, que conta com o poder de polícia para exercer controle político e ideológico sobre a população menos favorecida, que teria maior inclinação para o cometimento de crimes, conceito duramente combatido pela criminologia crítica. A mulher no Brasil, além de sofrer discriminação pela cor e pela classe, sofre de maneira concomitante a discriminação específica de seu gênero. O direito penal desfavorece e vulnerabiliza o feminino através do machismo por duas vias: ao definir como criminosas as mulheres que se negaram a consentir que seus corpos e suas vidas sejam tuteladas pelo estado, criminalizando condutas passíveis de serem discutidas fora da seara penal; omitindo-se a tutelar penalmente fenômenos substancialmente machistas. É necessária uma análise da criminalização das mulheres por um lado, e da falta de tutela penal às mulheres pelo Estado por outro, sob outra ótica que não a machista e patriarcal, a fim de vislumbrar outras formas de sociabilidade, não mais pautadas no androcentrismo.

Palavras-chave: gênero. androcentrismo. direito penal. direitos humanos. criminologia crítica. feminismo.

* Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP, campus de Franca. Pesquisadora Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

** Doutor em Direito pela UNESP- Universidade Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP, campus de Franca, Pós-doutor pela Universidade de Sevilla - Espanha (2012), professor Assistente-doutor de Direito Penal e Criminologia do Departamento de Direito Público da UNESP e Coordenador do PPGDIREITO - Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP.

ABSTRACT: Gender relations permeate society, its institutions and the phenomena. Criminal law is one of the basic institutions of the modern capitalist state, which has the police power to exercise control over the political and ideological underprivileged population, which would be more inclined to commit crimes, fought hard concept for critical criminology. A woman in Brazil, besides suffering discrimination by color and class, so concomitant suffers discrimination specify of their gender. Criminal law disfavors and put in danger the feminine through the sexism in two ways: by defining as criminal women who refused to consent to their bodies and their lives are overseen by the state, criminalizing conduct that could be discussed outside of the harvest criminal; omitting to protect criminal phenomena substantially sexist. Necessary to analyze the criminalization of women on the one hand, and lack of supervision by the state criminal women on the other, from another viewpoint than the sexist and patriarchal in order to identify other forms of sociability, no longer grounded in androcentrism.

Keyword: gender, androcentrism, criminal law, human rights, critical criminology, feminism

INTRODUÇÃO

Qualquer trabalho científico que tenha suas bases na teoria crítica dos direitos humanos tem algo em comum. A teoria crítica tem com a ciência um embate constante, no sentido de forjá-la e desconstruí-la, de acordo com o movimento do real. Uma teoria que trate dos direitos da humana e que se auto-intitule crítica e feminista tem como pressuposto básico a escolha clara de uma posição política de transformação social, no sentido de contribuir com a construção da equidade entre homens e mulheres.

Ao se estudar criminologia crítica cabe falar de forma ampla em direitos humanos no sentido de que a teoria crítica destes consiste no combate real a todas as formas de opressão por razões sexuais e de gênero, raciais, étnicas, etárias e de classe. A criminologia crítica feminista traz em seu bojo o combate a opressão das mulheres incluídas num sistema penal que é seletivo e conservador.

A teoria crítica feminista trouxe, ao longo da história recente, uma contribuição essencial para as teorias críticas em geral, qual seja, a do entendimento de que uma ciência considerada neutra e livre de ideologias para discutir a questão de gênero seria improvável, já que esta foi pensada, consolidada e registrada por homens em sua grande maioria. As mulheres que tentaram se aventurar nos estudos e investigações científicas nos dois últimos séculos muitas vezes receberam descaso e discriminação por conta da falta de cientificidade de seus trabalhos, o que em verdade pode ser compreendido hoje como uma nova proposta de

ciência, menos descolada da realidade, e por isso, talvez mais comprometida e disposta a dar voz e identidade para os sujeitos, objetos das análises sociais.

Para Agostinho Ramalho (2001, p. 19) “Toda pesquisa criadora é um trabalho de construção de conhecimentos novos, mas uma construção ativa, engajada, e não uma simples captação passiva da realidade, porque o conhecimento não pode ser puro reflexo do real como querem os positivistas.” Desta forma, este trabalho irá problematizar dois assuntos que se encontram na figura da mulher. Pretende-se fazer uma análise de gênero do fenômeno legal, na sua esfera penal, com o objetivo de entender as diferentes formas de opressão que sofre a mulher encarcerada no Brasil. Além disto, também será possível compreender como o direito penal androcêntrico atinge as mulheres ao negar-lhe proteção e direitos por conta de seu gênero, e a quais consequências isto pode chegar, como é o caso da tutela penal da sexualidade feminina e dos delitos de gênero.

Através da criminologia crítica entende-se que o a/o criminoso/a são definidos muito mais pela parcela da sociedade a qual estão inseridas/os do que pela gravidade de seus crimes. Nas palavras de Espinoza (2004, p. 54):

A perversidade se institui e expande por intermédio do “aparato de publicidade” do Estado, que projeta a ilusão de um poder punitivo igualitário, não seletivo, não discriminador, disfarçando de conjuntural ou circunstancial aquilo que é estrutural e permanente, isto é, inerente ao próprio poder.

Temos, a partir disso, que o processo de marginalização social da mulher criminosa ocorre por duas vias. A primeira, confirmando os apontamentos de Beauvoir (1990), é o de ser o outro, porque a referência do humano é masculina, androcêntrica, portanto. A outra ocorre pelo fato de ser uma mulher desviada, transgressora da norma, que não foi barrada pelo filtro inicial do consenso ideológico do patriarcado. Assim, a mulher criminosa sofre um tipo de discriminação específica de seu gênero, como expressão da violência cultural e historicamente construída, afrontando os direitos da humana.

1 A ORIGEM DA DESIGUALDADE DE GÊNERO E A PRISÃO

As relações entre os sexos, permeadas por construções sociais e culturais datam do início da existência humana, ou seja, tem em média

250 a 300 mil anos (SAFIOTTI, 2004 p. 114). Deve ficar claro, porém, que estas relações entre os gêneros não precisam ser necessariamente desiguais. A desigualdade surge da relação de dominação-exploração da mulher pelo homem que, segundo Safiotti (2004, p. 118) são duas faces da mesma moeda. Esse sistema no qual o homem detém o poder político-econômico-sexual sobre a mulher é denominado de patriarcado.

Essa forma de controle irá se aprofundar na História com o início da luta de classes, conceito ligado à revolução industrial que se intensificou no século XVIII. Pelo fato do gênero e do patriarcado serem anteriores ao capitalismo suas características estão inseridas na gênese deste sistema. A contradição fundamental existente no sistema patriarcal de gênero, qual seja, o poder do homem sobre a mulher pode ser encarada como uma das determinações essenciais do capitalismo. (SAFIOTTI, 2004 p. 126).

É muito interessante pensar que a fundamentação teórica racional da submissão da mulher ao homem nasce junto com a idéia do contrato social. Pateman (1993, p. 16, apud SAFIOTTI, 2004) esclarece como a idéia de liberdade civil não foi, desde o início, universal:

O contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição. O contrato original cria ambas, a liberdade e a dominação. A liberdade do homem e a sujeição da mulher derivam do contrato original e o sentido da liberdade civil não pode ser compreendido sem a metade perdida da história, que revela como o direito patriarcal dos homens sobre as mulheres é criado pelo contrato.

Mais interessante ainda é constatar que junto a com a idéia de liberdade civil, dita universal, nasce a fundamentação da prisão e da teoria da pena como as conhecemos nos dias de hoje. Beccaria, em sua clássica obra *Dos Delitos e das Penas*, explicou que o ser humano estaria disposto a ceder apenas uma parcela de liberdade mínima essencial para a convivência pacífica em sociedade e que “a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o direito de punir” (2008, p.19) Não é exagero afirmar que a teoria do delito e a teoria da pena pouco mudaram desde o século XVIII, e que os “contratos” celebrados àquela época trazem até os dias de hoje privilégios e impunidade para uns poucos e discriminação, miséria e injustiça para a maioria.

Além disto, o direito do homem sobre o corpo da mulher nasce com o direito de punição desta por meio do contrato, caso não se enquadre dentro dos padrões estabelecidos por homens e para os homens do que é ser mulher.

O Estado de Direito, e mais especificamente o Direito Penal, situados na superestrutura da sociedade capitalista acompanham o curso da história das dominações, no sentido de serem instrumentos de manutenção do poder político e econômico, este exercido através da unidade dialética do consenso-coerção. A manutenção ideológica, por meio do consenso, ocorre de variadas formas, como na família, na educação, na legislação, na mídia. A lógica mais recorrente é a de quando o controle por meio do consenso faz-se insuficiente então entra em cena o poder coercitivo. A coerção exercida pelo estado de polícia é ideologicamente sustentada pela falsa idéia da igualdade de eleição e tratamento dos subversivos e das subversivas à lei.

2 MULHER E CRIME

Desde o surgimento das instituições prisionais ficou explícita a necessidade de separação de homens e mulheres, porque o direcionamento a ser dado para as penas imputadas a eles e a elas deveria ser totalmente distinto. Nos homens os valores a serem despertados com a pena eram de legalidade e necessidade do trabalho, já as mulheres desviadas precisavam recuperar o seu pudor com a pena imputada (ESPINOZA, 2004, p. 17). Dessa forma, as primeiras prisões femininas localizavam-se em conventos, e as presas recebiam orientação religiosa de freiras.

Desta forma fica clara a função do direito penal em relação às mulheres: a punição, em última instância, por não exercerem o papel social definido para o ser feminino pré-determinado pela ordem patriarcal de gênero. Ou seja, a mulher que foge do padrão de normalidade entendido como o da reprodutora, da mãe ou esposa. Karyna Sposato ([2007], online) afirma que desta forma: “[...] no que se refere às mulheres e à sua criminalização, percebemos que o direito penal não só ajuda a solucionar certas questões como origina novas discriminações e reforça velhas.”

A criminalização das mulheres é, portanto, um processo historicamente construído sobre as bases do exercício do poder político e econômico de um Estado e de um Direito fundados em bases patriarcais e

machistas, onde a unidade dialética consenso-coerção é mais intensamente aplicada quanto maior for a vulnerabilidade do grupo de risco, e as mulheres encontram-se, sem dúvidas, na posição de maior vulnerabilidade no sistema coercitivo penal brasileiro. Vulnerabilidade esta que pode ser comprovada quando feita uma análise concomitante de gênero, raça e classe social dos grupos criminalizados no Brasil.

Nesse sentido, cabe indagar quem são as mulheres encarceradas brasileiras? Qual a sua origem, sua cor, classe social, sua escolaridade, os crimes que mais cometem e a razão disto, enfim, de que mulheres esta se falando. Dados do Ministério da Justiça (2011, p.70) indicam que a faixa etária das mulheres presas é bem distribuída, variando entre os 18 e 45 anos em maior quantidade. Sua raça e/ou cor da pele é 45% parda, 37% branca e 16% negra. Vale atentar-se nesta estatística para o racismo incutido na população brasileira que ocasiona que muitas mulheres negras não se reconheçam como tal, por isso cabe se considerar que a população carcerária feminina é 63% não branca.

O principal crime cometido por mulheres é o de tráfico, que corresponde a 60%, seguido dos crimes contra o patrimônio, que representam 23% das cifras. O primeiro crime está relacionado com a questão de gênero, já que na maioria dos casos de tráfico a mulher está envolvida por conta de um homem de sua família, marido, irmão ou filho, tornando-se um crime “familiar”, como são os muitos casos em que é detida ao tentar levar a droga na ocasião da visita íntima ao seu companheiro já preso. Já os crimes contra o patrimônio refletem outra face da criminalidade feminina, qual seja, a feminização da pobreza, são crimes cometidos por mulheres de classes subalternizadas.

Outro dado que não pode passar despercebido, é a porcentagem de mulheres presas no Brasil que é de 7%, infinitamente menor que a masculina. Este dado esclarece a importância de mais estudos nessa área, pois por conta disto as particularidades das prisões femininas são muitas vezes deixadas de lado ou invisibilizadas.

Uma particularidade do encarceramento feminino é o abandono da mulher presa por seus familiares. Dados estatísticos comprovam que a maioria das presas, 60% delas, não recebe nenhum tipo de visita. Isso ocorre por dois motivos essenciais. Um se trata de logística: como a quantidade de presas mulheres é reduzida em comparação aos homens, existe menor quantidade de penitenciárias femininas, o que resulta em muitos casos no afastamento da presa de sua localidade natal, o que dificulta sobremaneira as visitas, já que a locomoção significa despende

um valor financeiro que na maioria dos casos as famílias não possuem. Porém o fator primordial explica-se pela questão de gênero, já que a mulher desviada recebe dupla punição, pois cometeu dois “crimes”: o delito em si e o crime de não cumprir seu papel social do ser mulher. Isso afeta profundamente sua imagem social, e esta carregará este estigma, inclusive para seus familiares.

O abandono ocorre também por conta do companheiro, o que possibilita outra particularidade do sistema prisional feminino, a quase que inexistência de visita íntima. São poucos os homens que se dispõem a passar pela inspeção vexatória anterior à qualquer visita nas penitenciárias. Desta forma, apesar de em 70% dos estabelecimentos prisionais existir permissão para visita íntima (o que já é uma porcentagem que fere os direitos humanos), apenas 9,68% das presas recebe este tipo de visitação.

Samantha Buglione e Livia Pithan (2004, p.125, apud ESPINOZA) afirmam que “existe um protecionismo discriminatório quando se trata de questões que envolvem a sexualidade feminina, sendo a mulher presa desestimulada em sua vida sexual devido à burocratização para o acesso à visita conjugal”. Por outro lado, a resolução nº 4 de 29 de junho de 2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária representa uma contribuição importante em relação à visita íntima homossexual. Deixa claro em seu artigo 1º que:

Art. 1º - A visita íntima é entendida como a recepção pela pessoa presa, nacional ou estrangeira, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro ou parceira, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas às relações heteroafetivas e homoafetivas.

3 DIREITOS DA HUMANA SOBRE UMA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

A criminologia é entendida como uma ciência interdisciplinar, pois estuda o sistema penal, os delitos, quem os cometeu e as causas do cometimento através de vários referenciais, como o psicológico, antropológico, o psicanalítico e o sociológico. Para chegar ao ponto crucial de discussão deste trabalho, faz-se necessário o entendimento inicial, mesmo que breve, dos pressupostos da criminologia tradicional, e através da crítica desta, de como surgiu a escola da reação social, para

assim vislumbrar os direitos da humana na criminologia crítica e no direito penal.

A criminologia tradicional, segundo Espinoza (2004, p.65), data do final do século XIX, e se consolidou seguindo as linhas da escola clássica e da Escola Positivista Italiana. As teses dessas duas escolas são facilmente constatadas na legislação penal de países ocidentais até os dias de hoje. Houve no início dos estudos criminológicos alguns embates entre essas duas correntes, principalmente com a incorporação pelos positivistas de novas bases teóricas de análise do criminoso ou da criminosa, como a psicanálise.

Segundo Espinoza (2004, p.66):

[...] na atualidade, o que denominamos criminologia tradicional se aproxima muito mais do positivismo criminológico, pois se funda no paradigma etiológico que reconhece em determinados indivíduos qualidades intrínsecas que os tornam propensos à prática de “delitos”.

A autora explica que a criminalidade para a escola positivista é uma realidade ontológica, consequência de uma patologia pessoal, deixando de lado qualquer fator social, histórico, econômico ou de gênero.

No início do século XX algumas escolas começaram a questionar a criminologia positivista, porém a que teve grande relevo e até hoje vem demonstrando um novo paradigma de análise da criminalidade e da/do criminosa/o é a escola da reação social ou teoria crítica da criminologia. Essa escola nasce num contexto de grandes mudanças políticas e ideológicas no mundo todo, época de lutas por direitos civis, início da discussão do uso de anticoncepcionais, denúncias de racismo e homofobia, questionamento do modo de vida intitulado “american way of life”, entre outras rupturas. Segundo Baratta (2004, p.68 apud ESPINOZA):

[...] não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e contra ela reage [...], por isso, o status social do delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social, enquanto não adquire tal status aquele que, não obstante tenha praticado o mesmo comportamento punível, não é alcançado pela ação daquelas instâncias.

A escola da Reação Social, que surge como contraponto às teorias biopsicológicas que atendiam ao modelo positivista da Ciência Penal do Século XVIII, tem a função de historicizar a realidade comportamental do desvio, trazendo a noção de totalidade das estruturas sociais de controle e, para isto, é necessária a ligação entre a criminalização e as relações de produção e de distribuição.

Baratta (2002, p. 13) explicita que:

[...] o crime seria o fenômeno político, e o criminoso, um membro de grupos minoritários induzido a agir contra a lei, porque grupos majoritários instrumentalizariam o Direito e o Estado para criminalizar comportamentos contrários. O processo de criminalização representaria um conflito entre detentores do poder e submetidos ao poder, pelo qual as instâncias oficiais atribuem o status de criminoso a estes.

A atribuição do status de criminoso ou criminosa independe então, a partir desta teoria, da gravidade real do dano cometido para a sociedade, e sim de quem cometeu, e da supervalorização em sentido negativo de tipos penais cometidos pelas classes subalternizadas. Não há como deixar de lado, os fatores históricos determinantes das classes subalternas no Brasil. Tem de ser considerada a condição de colônia europeia que marca o início da escravização dos indígenas e depois da raça negra. Hoje em dia também há de se pensar que as famílias mais pobres são as chefiadas por mulheres.

Desta forma, o objeto da criminologia passa a ser o processo de criminalização social, concomitante com a ação das instâncias estatais responsáveis pela punição, desde a elaboração da legislação penal até a forma de execução da pena. A criminologia crítica defende a normalidade dos/das criminosos/as e considera a história para entender quais valores, comportamentos e pessoas são considerados desvios ou desviantes, e assim aponta para o fenômeno do “etiquetamento”, ou seja, o porque de determinadas pessoas pertencentes a uma classe específica serem apontadas socialmente como criminoso/as em potencial.

Assim, de certa forma, a escola criminológica veio dizer que o direito penal, proclamado como igualitário para todos os indivíduos não cumpria essa promessa. Ficou consolidado o posicionamento de que o direito penal era discriminatório em suas bases ideológicas, pano de fundo ideal para a luta do movimento feminista que vinha ocorrendo

concomitantemente até então em outras instâncias. Surge assim a Criminologia Feminista, que trouxe contribuições essenciais para a teoria crítica criminológica.

Para Alessandro Baratta (1999, p.55), “uma criminologia feminista pode se desenvolver de forma cientificamente oportuna só a partir da perspectiva epistemológica da criminologia crítica”, afirmação perfeita, já que uma teoria feminista atrelada aos valores positivistas desconsideraria a maior bandeira de luta do movimento feminista, que é a existência de uma relação histórica de opressão entre homens e mulheres a ser combatida.

Quais são essas contribuições e no que elas refletem na análise da violação de direitos da humana na seara penal brasileira é o que resta esclarecer. Conhecidas as contribuições, será feita uma breve análise a respeito do tratamento dado às mulheres presas e também sobre a real função dos delitos intitulados “de gênero”.

3.1 Criminologia Crítica Feminista

Segundo Olga Espinoza (2004, p.74) o feminismo trouxe para a criminologia cinco grandes contribuições. A primeira delas consiste na introdução da perspectiva de gênero na análise do sistema carcerário. Isso implica no entendimento de que a prisão não é instituição isolada, dentro dela se reproduzem os valores patriarcais e os papéis sociais determinados para homens e para mulheres. Desta forma é possível compreender que a ciência criminal, inclusive a criminologia crítica até então partir de uma perspectiva androcêntrica, que elimina qualquer possibilidade de compreensão do universo feminino na prisão.

Nesse sentido Alda Facio (1999, p.15) tem clareza em afirmar que:

Es así que la teoría jurídica ha creado una verdadera imposibilidad de igualdad entre hombres y mujeres, ha hecho que el concepto de igualdad jurídica presuponga semejanza o desigualdad y como el concepto de igualdad jurídica presuponga semejanza o desigualdad y como el concepto de sexo presupone diferencia mutua, la igualdad sexual es imposible, si se parte de esta teoría.

Nesse ponto é importante refletir que esta não é uma proposta de considerar que as mulheres mereçam um tratamento especial, ou que

sejam uma exceção à regra geral, e sim que seja abandonado o paradigma androcêntrico, no sentido de que se parta do pressuposto da diversidade e não de um modelo de ser humano do sexo masculino ocidental, branco, católico, para se fazer qualquer análise social e qualquer planejamento de necessidades a serem supridas, como é o caso das prisões femininas, projetadas para homens e suas necessidades. Segundo Espinoza (2004, p.75)

[...] essa proposta, que exprime uma postura favorável às mulheres e apresenta o desvio delas em relação ao status de sujeitos oprimidos na sociedade, não pretende “combater” o “crime” desse grupo, mas as condições de exclusão que as afeta como grupo.

A segunda contribuição consiste no estudo e observação dos atores como sujeitos históricos. Isso significa um grande passo para a ciência no sentido de deixar de lado os valores positivistas de neutralidade como pressuposto para a cientificidade, e desta forma começar a dar à ciência cor, raça, classe, identidade e voz. Espinoza (2004, p. 75) explica que “essa atitude abre o caminho para o “outro”, e acentua a dimensão relacional da situação-problema; a preocupação centra-se no outro como ser individual e particular, e não somente como sujeito de direitos ou como entidade abstrata a analisar”.

Outra contribuição notável é a valorização da interdisciplinaridade, já que apenas as teorias jurídicas seriam insuficientes para qualquer análise de gênero. Isso trouxe importantes mudanças para a criminologia, que passou a se valer de outras disciplinas para analisar o fenômeno da criminalidade, o que permite olhares diversos sobre o mesmo tema e mais possibilidades de pensar alternativas ao sistema prisional atual.

A proposição de uma visão macroestrutural da criminalização também foi de igual importância. É necessário entender as mulheres como mais um dos grupos criminalizados por estar inserido num estado capitalista e patriarcal. Além disso, a criminalização de certos grupos da sociedade é uma questão que viola direitos humanos, e por isso o seu estudo deve contar em primeira instância com a teoria crítica dos direitos humanos como instrumento de investigação.

A última contribuição do feminismo aos estudos criminológicos a ser citada é primordial para o entendimento da criminologia como um

vetor que compõe os direitos humanos das mulheres. Consiste na denúncia do caráter androcêntrico na criminologia, que tem uma visão parcial ao partir de um referencial masculino de análise. A criminologia feminista vem provar que este referencial é insuficiente e não contempla nem mesmo a todos os homens. Nesse sentido o professor David Sanchez Rubio (2011, p. 25) evidencia em sua obra uma correlação essencial entre androcentrismo e eurocentrismo que possibilita entender como os direitos humanos das mulheres brasileiras são limitados nestas duas instâncias, o que refletirá em seu tratamento diferenciado na esfera penal.

La medida cultural con la que interpretar y actuar en el mundo há sido establecida por um hombre varón, masculino, blanco, propietario, mayor de edad, europeo, cristiano, y com êxito de ganador. En este sentido, se puede decir que los próprios derechos humanos pasan a ser un espécie de traje com corbata construído para um cuerpo concreto sin que permita o ló permita selectiva o azarosamente, el reconocimiento o la existênciã de otras corporalidades (indígenas, femininas, negras, homossexuais, campesinas, trabajadoras, no propietarios, etc). Occidente pasa a ser el referente de la humanidad desde el punto de vista tanto epistemológico (laciencia) como cultural (liberalismo).

A religião, a família, os mecanismos de comunicação de massa, a política, o direito, têm como paradigma essencial o masculino ocidental. Desta forma, a mulher é considerada e visibilizada dentro de todas essas instâncias de poder somente como o outro sexo. Causa perplexidade pensar que a mulher não existe ou não é enxergada, para essas instituições, sob outra ótica que não seja a machista e patriarcal, e que a tentativa de outra visão impossibilita o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos.

A criminologia feminista, com a proposta de uma análise diferente da androcêntrica, possibilitou à teoria crítica fazer algumas análises do tratamento dado à mulher na esfera penal que viola direitos humanos por conta do machismo. Tratar-se-á de duas dessas violações, já deixando registrada a importância de dar continuidade a essa investigação. São elas a tutela penal da reprodução e da sexualidade feminina, e os tipos penais de gênero.

4 A NEGAÇÃO DA MULHER COMO SUJEITO DE DIREITOS: A TUTELA PENAL DA REPRODUÇÃO E DA SEXUALIDADE FEMININAS

Nos estudos criminológicos baseados na teoria crítica ficou clara a posição da escolha não acidental de certos grupos para sofrerem um processo de criminalização que é ideológico e influencia toda a sociedade. É necessário entender então, o que faz das mulheres um grupo vulnerável à criminalização.

Através da análise histórica supracitada, pode-se perceber que a história de submissão das mulheres foi escrita junto com a história do sistema capitalista e do atual formato de penalização. Nesse sentido, Alda Facio (1999, p.59) afirma que:

En un patriarcado androcéntrico nos es de extrañar que el legislador, el jurista y el juez tengan em mente al hombre/varón cuando elaboran, promulgan, utilizan y aplican las leyes o cuando elaboran las teorías, doctrinas y principios que sirven de fundamento a su interpretación y aplicación.

Não é de se estranhar que tanto a legislação quanto o tratamento dispensado à mulheres inseridas no sistema carcerário sejam baseados na ideologia machista. Nessa ideologia existem alguns papéis a serem cumpridos que conferem à mulher um padrão de normalidade: mãe, esposa, cuidadosa, de personalidade calma, reprodutora, mas que se dá ao respeito ou honesta.

É através desses papéis definidos que o Estado irá limitar o corpo e a sexualidade femininas, taxando como mulher desonesta ou prostituta aquela que se negar, por exemplo, a manter relações sexuais como um só parceiro ou parceira. Ou então sendo condescendente um preconceito social para aquela que decidiu não ser mãe. Desta forma, a mulher autora de qualquer desvio recebe inicialmente uma punição social, por não ter cumprido seu papel, e caso esse desvio se configure em um tipo penal, irá também sofrer a punição formal do Estado que reproduz os valores reconhecidos na sociedade.

Vale citar que o código penal brasileiro considerava o crime de atentado violento ao pudor mediante fraude apenas quando se tratasse de uma mulher “honestá” até recente reforma. Essas expressões como mulher honesta ou mulher virgem, presentes no código anterior e apenas alteradas em 2005, comprovam a existência de uma “moral pública sexual” claramente machista na legislação penal. Apesar dessas mudanças conceituais, a atitude em relação à sexualidade das mulheres ainda apresenta ranços machistas, como é o caso das visitas íntimas exemplificado em título anterior. Percebe-se que as mulheres são impossibilitadas de exercer sua sexualidade tanto por conta de seus parceiros

que não se dispõem a visitá-las na prisão, tanto por conta do Estado que dificulta burocraticamente essas visitas e até não as permite em alguns estabelecimentos prisionais femininos.

A partir disso é mister entender que os crimes somente passíveis de serem cometidos por mulheres estão todos ligados à idéia central da tutela do Estado sobre o corpo e a sexualidade femininos. Desta forma a mulher que, depois de passar pelo aparato difuso de controle social não se encontra dentro dos padrões de reprodutora exigidos pelo Estado patriarcal é oficialmente punida. Esta punição tem, portanto, o objetivo principal de recolocar a mulher em seu papel social pré-definido pelo gênero.

5 OS TIPOS PENAIIS DE GÊNERO

As práticas de aborto, infanticídio e abandono de incapaz para ocultar desonra própria são previstas como crimes no atual Código Penal Brasileiro, em vigor desde 1940. Os três delitos trazem em seu bojo algumas particularidades em comum, que os inserem num contexto apto de análise da questão de gênero no direito penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos. Essa análise é de importância primordial no sentido de denunciar como o machismo no direito penal afeta diretamente a vida das mulheres chegando a criminalizá-las quando de alguma forma neguem o estereótipo de mulher estabelecido pelo patriarcado.

A primeira particularidade e, sem dúvidas, a mais visível é a de que os referidos crimes somente são passíveis de serem cometidos por mulheres. Tais práticas convertidas em delitos trazem em si possibilidade de ampla análise política e social do papel da maternidade atribuído à mulher, e como a negação desta função primordial delegada ao sexo feminino repercute em nossa sociedade através da ideologia machista e da cultura jurídica androcêntrica.

Como segunda particularidade pode-se citar o fato bastante relevante de os três crimes terem baixíssima aplicabilidade no âmbito da execução penal, ou seja, na maioria das vezes estas práticas não recebem punição formal, ou institucionalizada na forma do poder judiciário. Através da segunda característica em comum é possível entender que a discussão proposta não se trata de uma questão de sexo, e sim de uma

questão de gênero. Por isto, pode-se utilizar a definição de delitos de gênero ao se referir aos crimes em questão.¹

Ao relacionar de forma dialética as duas informações surge o questionamento do por que destas práticas, somente passíveis de serem cometidas por mulheres, seguirem criminalizadas, apesar de intensas campanhas de descriminalização, como é o caso do aborto, apesar de na prática não receberem punição formal.

Pode-se desvendar, através deste questionamento, a profunda intersecção entre a função punitiva do direito penal e o machismo que se inter-relaciona com a negação dos direitos da humana fora de uma perspectiva androcêntrica. Nesse sentido cabe indagar, através de uma metodologia de análise de gênero do fenômeno legal, se fora de um direito penal androcêntrico haveria lugar para a criminalização das mulheres por conta dos três delitos em questão.

Além disto, é essencial considerar a materialidade da inserção destes crimes, ou seja, como já foi dito, no Brasil a criminalização das mulheres está relacionada com a questão da pobreza. De modo geral, a mulher criminosa está inserida no fenômeno da feminização da pobreza, já que as mulheres de modo geral representam maior vulnerabilidade na escala da pobreza. De modo particular aos crimes em questão, costumam ter menor repercussão e riscos à mulher que possui condições financeiras, por exemplo no caso do aborto podem recorrer à clínicas clandestinas ou em outros países que já o autorizam por lei.

Discorrer-se-á de forma sucinta sobre os três delitos em questão, com ênfase ao aborto, por ser a prática mais recorrente nos dias atuais, com o objetivo de demonstrar a necessidade da utilização da perspectiva de análise de gênero do fenômeno legal.

O crime de infanticídio, previsto no artigo 123 do Código Penal brasileiro, figura privilegiada em relação ao homicídio por conta do estado puerperal, tem suas raízes históricas fundadas na mesma razão da prática do aborto: o desejo de não ser mãe. Ao analisar esta prática pode-se auferir que, no início do século XX, estava relacionada com a falta de informações de mulheres solteiras sobre como abortar, já que estas ficavam restritas ao círculo de mulheres casadas (PEDRO, 2003, p 42).

¹ Há uma diferenciação metodológica ao utilizar o termo gênero ao invés de sexo, porque não está se falando apenas da diferença biológica entre homens e mulheres mas também da diferença social através da imposição de papéis que cada indivíduo, a partir de seu gênero, deve cumprir.

Apesar de não haverem dados estatísticos, já que é prática cometida dentro dos lares, é pacífico o entendimento que esta tem pouca incidência na atualidade, já que dificilmente uma mulher que não deseja ser mãe opta por enfrentar todo o período de gravidez. Com exceção do fenômeno contemporâneo dos infanticídios indígenas, que não serão objeto de análise neste artigo.

O crime de abandono de incapaz para ocultar desonra própria, previsto no artigo 134, hoje trata de questão subjetiva que explicita claramente a visão reservada à mulher passível de ser criminalizada. Este crime tem por definição básica a questão da honra, ou da falta dela. Não é difícil identificar as razões da falta de incidência, e também da falta de aplicabilidade de punição do delito em questão na sociedade de hoje. O motivo do abandono, que configura o crime, e o fato deste ser praticado por uma mulher, trata diretamente da definição de mulher honrada e desonrada por conta da escolha de ser mãe, e das circunstâncias em que foi concebida a criança vítima do abandono.

O aborto, crime segundo o artigo 124 do Código Penal, é a prática mais recorrente e também a mais discutida atualmente dos três delitos em questão. É pauta de organizações feministas do mundo todo e reconhecido em muitos países como uma questão de saúde pública. Já há algum tempo o governo vem afirmando que o aborto é uma questão de saúde pública, segundo o Ministério da Saúde (2009, p. 12):

[...]a ilegalidade traz consequências negativas para a saúde das mulheres, pouco coíbe a prática e perpetua a desigualdade social. O risco imposto pela ilegalidade do aborto é majoritariamente vivido pelas mulheres pobres e pelas que não têm acesso aos recursos médicos para o aborto seguro.

E completa (2009, p.12), “Enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas”.

Como primeira incongruência da criminalização das mulheres pela prática do aborto é o número de abortos cometidos anualmente no Brasil comparado com a população carcerária feminina. Segundo o ministério da saúde “Um estudo recente sobre a magnitude do aborto no Brasil estimou que 1.054.242 abortos foram induzidos em 2005”. Ora, segundo o Ministério da Justiça (2011) o país conta com a população carcerária de 33.289 mulheres no Sistema Penitenciário e nas delegacias

de polícia, sendo que em realidade o país possui 20.231 vagas para as mulheres presas, ou seja, existem atualmente 13.000 mulheres presas irregularmente no Brasil. Se realmente houvesse uma política de punição formal das mulheres que abortam estes dados não seriam possíveis, já que teriam de ser abertas mais 800 mil vagas só para as mulheres que cometem aborto, o que parece um pouco fora da realidade.

Além disso, pode-se comprovar ao se fazer uma breve análise processual penal que o processo contra quem comete aborto é apenas formalidade, já que em raríssimos casos uma mulher será reclusa por conta desta prática. Quando ocorre um crime, primeiramente o/a delegado/a de polícia instaura o inquérito para investigar. No caso do aborto ele/a terá de colher indícios de que a autora provocou ou permitiu que fosse feito o aborto em si mesmo. Para ser provado o crime é necessário o exame do cadáver do feto. A materialização de provas e indícios nesse caso é muito difícil, já que os abortos são feitos na clandestinidade, em casa ou em clínicas ilegais. Fica a possibilidade então da delação pelo hospital (já que muitas mulheres tem complicações seriíssimas após a prática), ou de pessoas próximas que tenham testemunhado o ato. Essas circunstâncias resultam num número reduzido de inquéritos instaurados, pela dificuldade de comprovar a intencionalidade do feito.

Caso a investigação seja concluída e um/uma promotor/a decidam apresentar a denúncia, isso não os vincula até o fim do processo, ou seja, após a produção de provas podem se convencer da inocência da ré, inclusive por falta de provas, e pedir sua absolvição ao/à juiz/a. Além disso, pode ser que o processo não seja julgado, isso porque a lei 9.099/95 prevê para os crimes em que a pena mínima não for superior a um ano de prisão, que é o caso do aborto, a possibilidade de suspensão condicional do processo. Se for por esse caminho, em dois anos o processo estará extinto e arquivado sem sentença transitada em julgado.

Se, em último caso, a mulher que praticou aborto for a julgamento pelo tribunal do júri, e receber a pena máxima de três anos, ainda assim não será presa, pois terá direito à suspensão condicional da pena. A única possibilidade é a de receber pena máxima e ser reincidente em crime doloso, então iniciará em regime semi-aberto. Ou seja, aborto provocado ou consentido pela gestante é punido com detenção na absoluta maioria dos casos.

Deduz-se a partir disto, que a função da criminalização das mulheres pela prática do aborto e dos delitos de gênero em geral é

ideológica, no sentido de reafirmar os papéis definidos pelo gênero, todo o processo descrito trará à mulher um julgamento e estigma sociais moralizantes, e não efetiva punição formal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar a questão da mulher encarcerada sob uma perspectiva crítica dos direitos humanos é, sobretudo compreender que não se tratam de especificidades, e sim de metade da humanidade que é invisibilizada caso não se encaixe socialmente na ideologia patriarcal. Não é possível falar de direitos humanos das mulheres sem se dispor a estudar todas as questões que a envolvem através de uma metodologia de análise de gênero. O fenômeno legal, forjado na ideologia machista e disseminador desta não pode ficar de fora dessa proposta de nova análise, já que além posituação faz parte de todo o processo de formação ou “deformação” de consciência política na sociedade.

Existe ainda hoje a necessidade de sensibilização social sobre a necessidade do estudo da questão de gênero, de maneira brilhante Alda Facio (1999, p.4) argumenta nesse sentido:

[...] si bien es cierto que los hombres han sufrido discriminaciones por su pertenencia a una clase, etnia, y/o preferència sexual, etc., oprimida, NINGUN hombre há sufrid la discriminación por pertenecer al sexo masculino mientras que TODAS las mujeres la sufrimos por pertenecer al sexo femenino (además de que la mayoría de las mujeres sufrimos también la discriminación por clase, etnia, y/o preferència sexual, etc).

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Tradução Sergio Millet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 4 ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Responsabilidade do Estado:** reparação dos danos causados pelo crime, cometido durante a execução penal. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 1998.

_____. **Direito penal democrático.** Franca: Lemos & Cruz, 2005.

_____. **Marcadores sociais da diferença e repressão penal** /Paulo César Corrêa Borges (Organizador): São Paulo: NETPDH: Cultura Acadêmica, 2011.

_____. **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal:** Homenagem a Alessandro Baratta /Paulo César Corrêa Borges (Organizador): São Paulo: NETPDH: Cultura Acadêmica, 2012.

_____. **Sistema Penal e Gênero:** tópicos para a emancipação feminina /Paulo César Corrêa Borges (Organizador): São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

BUGLIONE, Samantha. **A mulher enquanto metáfora do direito penal.** Porto Alegre: Themis Assessoria Jurídica.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo.** São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FACIO, Alda. **Hacia Cuando el Genero Suenan Cambios Trae (una metodología para análisis de género del fenómeno legal)** 3. Ed. San José: Ilanud, 1999.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas da pesquisa social.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério de vivos: Análise sociológica de uma prisão de mulheres.** Rio de Janeiro: Achiamé. 1983.

NETO, Agostinho Ramalho Marques. **A ciência do direito:** conceito, objeto, método. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

PEDRO, Joana Maria. **Práticas Proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.
RÚBIO, David Sánchez. **Repensar Derechos Humanos. De la anestesia a la sinestesia**. Editorial MAD, 2007.

_____. **Encantos y desencantos de Derechos Humanos: de emancipaciones, liberaciones y dominaciones**. Barcelona: Editorial Icaria, 2011.

SAFIOTTI, Heleieth Iara Bongivani. **Gênero, patriarcado, violência** – São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004. – (Coleção Brasil Urgente)

SCOTT, Joan - **Gender: An Useful Category of Historical Analyses. Gender and the Politics of History**. New York. Columbia University Press. 1989.

SPOSATO, Karyna Batista. **Mulher e cárcere: uma perspectiva criminológica**. [2007]. Disponível em:
<<http://www.unit.br/arquivos/npgd/SPOSATO,%20Karyna%20-%20MULHER%20E%20C%3%81RCERE%20-%20Uma%20perspectiva%20criminol%3%B3gica%20.pdf>>. Acesso em: nov. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do Sistema Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009.

MULHERES PRESAS- DADOS GERAIS, Ministério da Justiça, 2011. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br>>.