

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

CECILIA CABALLERO LOIS

MARCIO RENAN HAMEL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

G326

Gênero, sexualidade e direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Cecília Caballero Lois; Marcio Renan Hamel. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN:

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

Apresentação

As questões de gênero e sexualidade, já presentes nas ciências sociais e humanas ainda são recentes para o Direito. O GT Gênero, Sexualidade e Direito II, buscou refletir a partir desta temática central em diálogo com raça, classe e etnia; teorias pós-identitárias e descoloniais; diferenças, diversidades e teorias da justiça; violências e criminalização; bem como suas relações com o direito de família e os direitos da personalidade, de que forma esta temática se insere no campo jurídico.

A partir deste arranjo, o foco do grupo de trabalho foi pensar nos direitos humanos de grupos sub-representados (com especial ênfase nas mulheres) e para isso, assumiu como central algumas possibilidades que perpassam o tema, tais como a violência de gênero, a representação política, as diferenças sócio-econômicas entre homens e mulheres, etc.

Na atualidade, pode-se dizer que a principal contribuição proveniente das críticas feministas tem sido o reconhecimento dos efeitos de se ignorar o impacto do sistema sexo/gênero na produção do conhecimento e de se sustentar a existência ou a possibilidade de um conhecimento universal e/ou neutro. Apontam os estudos feministas que, ao fazê-lo, o que os padrões de normatividade da ciência, na verdade, estão concretizando é a eleição de conceitos identitários (podendo-se citar como exemplo, o masculino, mas também o branco, o cisgênero, o heterossexual, etc) e a perpetuação das diferenças de gênero e das relações de poder de que são constituídas.

A esse tipo de crítica ou de deslocamento tem sido chamado *standpointtheory* – ou a teoria do ponto de vista – e insere-se na proposta de busca pela reflexão sobre as relações existentes entre os sistemas de ideias e as estruturas sociais das quais os sujeitos fazem parte (Harding, 1986). Opõe, assim, à ficção de um indivíduo “a-situado” e universal, a afirmação de que o gênero do sujeito impacta na sua produção do conhecimento e, por conseguinte, deve ser considerado para a construção de reflexividades, de objetividades e de métodos mais fortes.

A teoria sustenta-se no reconhecimento de que a posição social ocupada pelo sujeito, lugar a partir do qual ele enxerga o mundo, embora sempre atravessada por opressões e tensões múltiplas, influencia a sua percepção da realidade. A consequência é a admissão de que a

posição do sujeito oprimido por uma estrutura marcada pela desigualdade permite, justamente em razão das experiências de discriminação e/ou de silenciamento de suas narrativas e perspectivas, que ele possa fornecer uma visão mais apurada das relações de poder em que se insere. Todo sujeito do conhecimento vê e fala de algum lugar e sua posição é marcada pelo seu gênero, pela sua classe, pela sua raça, pela sua orientação sexual, entre outros (Harding, 1986). Logo, quanto mais pontos de vista parciais puderem ser reunidos, especialmente em sociedades plurais e desiguais, maior o aperfeiçoamento da produção dos saberes e maior a probabilidade de se construir “conhecimento potente para a construção de mundos menos organizados por eixos de dominação”.

A introdução da categoria de gênero no campo de investigações nas ciências humanas veio consolidar uma abordagem a partir da compreensão de que a relação entre homens e mulheres é uma relação desigual construída socialmente. Esta é, portanto, uma categoria de análise capaz de evidenciar a subsistência do patriarcado, a preponderância masculina, as relações de dominação entre os sexos e a desigualdade material entre homens e mulheres (Castilho, 2008).

Em todo o mundo, progressivamente, a categoria de gênero adquire cada vez mais força nas pesquisas acadêmicas e passa a fundamentar também debates internacionais e nacionais na esfera pública. Essa foi uma tendência que se intensificou a partir de meados da década de 70, quando ganha mais força o movimento de mulheres, em particular o feminista.

Adquire destaque, então, a percepção de uma discriminação estrutural contra as mulheres nas áreas dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Na mesma época, surge nos Estados Unidos um grupo, impulsionado pelo aumento considerável de mulheres nas profissões do direito, que criticava o status legal das mulheres em geral, a opressão velada sofrida, tanto por parte das leis, quanto pelos instrumentos jurídicos e seus operadores. Surgiam, assim, correntes de estudiosas que iriam somar esforços nas Teorias Feministas do Direito.

Essas teorias possuem como principais objetivos permear a produção doutrinária e jurisprudencial com a perspectiva feminista, permitindo assim que conceitos basilares para a ciência do direito como o de justiça, equidade, bem público e ordem possam assumir novas significâncias. As teorias feministas do direito recusam uma visão limitadora do fenômeno jurídico e oferecem ainda formas de entender como e por que o direito assumiu as formas que possui hoje, examinando como as relações de gênero influenciaram a produção desse direito e como homens e mulheres são diferentemente afetados por ele.

Assim, as perspectivas feministas sobre o direito não se reduzem a uma abordagem explicativa do direito, mas, acima de tudo, propõem um olhar permanentemente subversor, exercendo uma importante função no âmbito dos estudos jurídicos.

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois – UFRJ

Prof. Dr. Márcio Renan Hamel – UPF

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A INSUFICIÊNCIA DA TUTELA PENAL DIANTE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: O CASO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

THE INSUFFICIENCY OF CRIMINAL TREATMENT IN RESPECT OF VIOLENCE AGAINST WOMEN: THE CASE OF CRIMES AGAINST SEXUAL DIGNITY

Mário Lúcio Garcez Calil ¹
Daniela Aparecida Rodrigues ²

Resumo

Objetiva-se no presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo, estudar a eficiência dos crimes contra a dignidade sexual na proteção dos direitos fundamentais das mulheres, através do princípio da proporcionalidade como “proibição de proteção deficiente”. Utilizou-se, na escrita, o procedimento dedutivo. O presente estudo se justifica em decorrência da necessidade de rigorosa criminalização dessas condutas, à luz do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente. Concluiu-se que a necessidade de recrudescimento da tutela penal da dignidade sexual foi corroborada pela aprovação do Projeto de Lei n. 618/2015, que agrava as penas relacionadas a esses crimes.

Palavras-chave: Crimes contra a dignidade sexual, Direitos fundamentais das mulheres, Proibição de proteção deficiente, Recrudescimento da tutela penal, Projeto de lei 618 de 2015

Abstract/Resumen/Résumé

This study's purpose was to qualitatively study the efficiency of crimes against sexual dignity in the protection of women's fundamental rights, according to the principle of proportionality as “prohibition of deficient protection”. The deductive procedure was used in writing. The present study is justified as a result of the need to rigorously criminalize such conduct, in accordance with the principle of proportionality as a prohibition of insufficient protection. It was concluded that the need to increase the criminal protection of sexual dignity was corroborated by the approval of Bill no. 618/2015, which aggravates the penalties related to these crimes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Crimes against sexual dignity, Fundamental rights of women, Prohibition of poor protection, Reconstruction of the criminal court, Bill of law 618 of 2015

¹ Pós-doutorado pelo Programa de Pós-graduação em Direito Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (Bolsista PNPd-CAPES). Doutor em Direito CEUB-ITE. Professor Adjunto IV Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

² Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Professora da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Advogada.

INTRODUÇÃO

Há décadas é possível observar um crescimento avassalador da “demanda por criminalização” de diversas infrações. Trata-se de verdadeira crença, desaprovada pela leitura da criminologia crítica, no que se refere a política do encarceramento, descortinada da simplista equação que busca relacionar a promoção de diversas condutas ao status de tipos penas, e ou seu agravamento de penas, como forma de combate à criminalidade.

Ocorre que, se por um lado temos que o recrudescimento da tutela penal não está isolada ou mesmo diretamente relacionado com a efetiva a proteção de direitos fundamentais, por outro vimos surgir um discurso jurídico especialmente “punitivista”, justificável a partir de dispositivos da Constituição Federal que determinam a proteção penal de certos “bens jurídicos”.

Nesse sentido, utilizando o procedimento dedutivo no que concerne à escrita, traçamos o objetivo do presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo, no sentido de investigar a eficiência dos crimes contra a dignidade sexual enquanto substrato na proteção dos direitos fundamentais das mulheres, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, especificamente, em sua dimensão de “proibição de proteção deficiente”.

Os estudo fora estruturado em etapas, sendo que na primeira fora explanada em que medida se vê necessária a inserção da proteção penal para os direitos fundamentais. A seguir, apontamos o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente. Na sequência, foram estudados os aspectos legislativos da tutela penal.

Em seguida buscamos identificar e justificar a necessidade de recrudescimento penal voltado à proteção dos direitos fundamentais das mulheres e, finalmente, apontamos o exemplo da insuficiência punitiva dos crimes contra a dignidade sexual.

Tendo em vista ser necessária a criminalização das referidas condutas, especialmente em cumprimento ao princípio constitucional da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente, sob pena de se configurar uma omissão inconstitucional, justifica-se o presente estudo.

Concluiu-se que a necessidade de recrudescimento da tutela penal da dignidade sexual é corroborada pela aprovação do Projeto de Lei n. 618 de 2015, originário do Senado Federal que procura aumentar a proteção aos direitos fundamentais das mulheres, por intermédio do agravamento das infrações.

1. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO DIREITO PENAL

Os direitos fundamentais são necessários à convivência em uma sociedade civilizada, baseada no moderno conceito de Estado. Essa necessidade demonstra a impossibilidade de o ser humano se manter isolado, pois esses direitos garantem que o Estado não se imiscuirá indevidamente nas relações privadas, bem como que atuará quando for necessário.

Os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à subsistência são *leis do mais fraco*, alternativas à *lei do mais forte*, relacionada ao “estado de natureza” hobbesiano. Não fossem essas *leis do mais fraco*, voltariam a prevalecer as *leis do mais forte*. A história do constitucionalismo é uma história (teórica, social e política) da progressiva ampliação da esfera pública dos direitos (FERRAJOLI, 2004, p. 54), que devem ser tutelados pelo Estado.

É justamente em decorrência dessas razões que a Constituição brasileira de 1988 determina que o dever estatal de proteção penal aos direitos fundamentais, nos seguintes termos: “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988, n.p.).

A efetiva proteção penal dos direitos fundamentais das mulheres representa nada mais do que a obediência ao texto da Constituição Federal. A ausência de criminalização dessa violência, ou mesmo a insuficiência das penas cominadas pelas infrações praticadas em desfavor de seus direitos fundamentais seria uma claríssima omissão inconstitucional.

Mesmo no quadro constitucional de equiparação entre direitos negativos e positivos ainda se entende que a “proteção penal” se relaciona somente a direitos individuais. Isso porque a prevalência dos direitos de liberdade na fase de estruturação do Estado moderno priorizou pretensões jurídicas fundadas em direitos relacionados à autonomia (COPETTI, 2004, p. 14).

A partir do advento do Estado Social, todavia, ocorreu uma ampliação no âmbito das pretensões jurídicas possíveis de serem manifestadas pelos cidadãos. Partiu-se de um quadro normativo institucional no qual apenas pretensões de omissão podiam ser impostas ao Estado para uma situação diferente (COPETTI, 2004, p. 15).

Surgiu a perspectiva de tutela não só de direitos subjetivos, mas, também, de direitos e interesses de grupos determinados e parcelas difusas da população, por meio de um conjunto de proposições e de respostas diferentes e conflitantes às questões que compunham o universo do Direito Penal (COPETTI, 2004, p. 15-23).

Ocorre que ainda permanece uma enorme dúvida acerca de qual núcleo valorativo deva prevalecer, ou qual a composição axiológica adequada historicamente para fins de condução da

legislação infraconstitucional pela Carta Fundamental de 1988, e se polariza na proteção de bens individuais e sociais (COPETTI, 2004, p. 25).

Isso porque a Constituição de 1988 tratou de garantir direitos de várias espécies, tanto individuais quanto sociais. Desse modo, a falta de proteção a qualquer dessas espécies de direitos representaria uma incoerência normativa, até porque a proteção penal dessas prerrogativas consta, expressamente, do Título relacionado aos direitos fundamentais.

O “bem jurídico” é um critério de criminalização que elege objetos de proteção penal. Há um “núcleo duro” de bens jurídicos individuais, como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas, que configuram a base de um Direito Penal mínimo e dependem de proteção penal como “reposta legítima” a certos problemas sociais (SANTOSA, 2010, p. 15).

Desse modo, os bens jurídicos penais têm de fazer referência direta aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição, de forma que o Direito Penal somente pode ser utilizado contra as violações mais graves aos direitos fundamentais. Dentre suas características, portanto, estão a subsidiariedade e a fragmentariedade.

Em um Estado Democrático de Direito, as normas jurídico-penais devem ter o objetivo de assegurar aos cidadãos a coexistência pacífica e livre, sob a garantia dos direitos humanos. É necessário garantir, por meio de instrumentos jurídico-penais, condições individuais para a coexistência, e as instituições adequadas para esse fim. (ROXIN, 2009, p. 17).

Essa incidência “minimalista” do direito penal, contudo, não permite sua eliminação do quadro normativo estatal. Apesar de subsidiário e fragmentário, aplicável apenas às infrações mais gravosas aos bens jurídicos mais relevantes, o direito penal é, de acordo com a própria Constituição, indispensável à proteção dos direitos fundamentais.

2. A PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

O “grau de eficiência” do Direito deve ser constatado sob o ponto de vista da vítima de seu descumprimento, não apenas de forma “abstrata” e “geral”. Para tanto, a ciência jurídica deve ser capaz de fornecer instrumentos de aferição da “suficiência” da aplicação do Direito ao mundo fenomênico.

De acordo com Enrique Dussel, o Direito tem de supor a negação discursiva (material e formal) das vítimas. Os problemas da legalidade, da legitimidade, da coação de direito e tantos outros temas devem ser desenvolvidos em seu novo significado: a partir das vítimas (DUSSEL, 2002, p. 554).

Apesar de ter se originado há alguns séculos, um dos princípios hermenêuticos mais estudados, especialmente nas últimas décadas, é o princípio da proporcionalidade, notadamente no que se refere à sua relação direta com a hermenêutica constitucional aplicada aos direitos fundamentais.

Na esfera constitucional, o princípio da proporcionalidade implica uma vinculação do legislador. “Esta concepção tinha validade geral e encontrou sua expressão mais significativa no princípio britânico, de acordo com o qual o Parlamento pode fazer tudo, menos transformar um homem numa mulher e uma mulher num homem” (SCHOLLER, 1999, p. 94).

A “sede material” do princípio da proporcionalidade é o próprio Estado de Direito que vincula o legislador e serve como fundamento para o princípio da reserva de lei proporcional (SCHOLLER, 1999, p. 97). Obriga todos os outros poderes constituídos e todos os cidadãos sob a égide do Estado Democrático de Direito.

No processo de efetivação de seus “deveres de proteção”, o Estado pode acabar por afetar um direito fundamental de maneira desproporcional (SARLET, 2004, p. 63). Isso pode ocorrer tanto por meio de uma ação exacerbada quanto por intermédio de uma omissão constitucionalmente injustificada.

O princípio da proporcionalidade é um critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção atuando, no plano da “proibição de excesso”, como um “limite às limitações” dos direitos fundamentais (SARLET, 2004, p. 63).

As duas categorias (proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente) diferenciam-se pela diversa intensidade da vinculação do poder público às funções “defensiva” e “prestacional” dos direitos fundamentais, esta última relacionada aos “deveres de proteção” (SARLET, 2004, p. 71).

A proibição de proteção deficiente assegura uma margem mais ampla ao legislador, “[...] a quem incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas” (SARLET, 2004, p. 71). Essa proibição de proteção insuficiente se aplica tanto no que se refere à tutela social quanto à tutela penal.

Existe, desse modo, algo como um “bipolarismo” que ocasiona tensões entre a exigência do “Estado de Direito” e a exigência do “Estado Social”, a constituir os princípios de Direito Penal Constitucional e os princípios que estão diretamente conectados à matéria penal propriamente dita (PALAZZO, 1989, p. 26).

Passa a ser possível à Corte Constitucional enunciar uma cláusula genérica de penalização e determinar “[...] obrigações específicas de incriminação de fatos suficientemente

determinados”. É possível a declaração de inconstitucionalidade de uma norma específica que tutele determinado bem ou interesse de maneira insuficiente (PALAZZO, 1989, p. 106).

Assim, a ausência ou mesmo a ineficiência das normas penais relacionadas à proteção dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência configura uma evidente inconstitucionalidade, que agride sua autonomia e sua dignidade, descumprindo o princípio constitucional da proporcionalidade.

3. A PROTEÇÃO INSUFICIENTE NO DIREITO PENAL: ASPECTOS LEGISLATIVOS

Em decorrência da visão “liberal” que influenciou o próprio surgimento dos direitos fundamentais e das atuais correntes “garantistas”, vários teóricos e operadores do Direito resistem à aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente ao Direito Penal.

Ocorre que o princípio da intervenção penal foi deslocado da posição “minimalista” para a “adequação”. Relaciona-se diretamente aos bens jurídicos constitucionalizados. Constata-se, diante disso, a “desconformidade” do princípio da intervenção penal mínima ao modelo jurídico brasileiro (STRECK, 2004, p. 235).

Penalistas ditos “comunitaristas” projetam na concepção de bem jurídico penal a ideia de que uma série de valores constitucionais coletivos necessitam de proteção penal. Já os “liberais” criam obstáculos à proteção penal aos bens de interesse da comunidade, alegando que surgiria uma “indesejada antecipação das barreiras do Direito Penal” (STRECK, 2004, p. 248).

Todas as normas da Constituição, porém, têm eficácia, comandam a atividade do legislador penal e trazem uma “ordem de legislar” que implica uma “hierarquização” da distribuição dos crimes e das penas. A criminalização não pode ser uma atividade legislativa discricionária (STRECK, 2004, p. 248).

Nesse sentido, a Constituição demonstra-se como “condição de possibilidade”, inclusive, para o ordenamento punitivo estatal, vinculando o legislador penal à necessidade de proteger adequada, necessária e suficientemente os bens jurídico-penais que se vinculam, diretamente, aos direitos fundamentais.

Para tanto, é necessário substituir a perspectiva da Lei pela perspectiva da Constituição na busca por uma política de proteção integral dos direitos. Isso significa também definir o

“garantismo” tanto no sentido “negativo” (como limite ao sistema punitivo) quanto no sentido “positivo” (BARATTA, 2004, p. 161).

É preciso responder às necessidades de segurança de todos os direitos (não somente aos direitos de proteção) contra agressões provenientes de comportamentos delituosos. Em matéria penal é necessário considerar a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente (BARATTA, 2004, p. 162-250).

No processo legislativo, é necessário indagar sobre os “deveres de proteção” a certos bens fundamentais pelo Direito Penal. É necessário construir o garantismo “positivo” por meio da Lei. Quando o legislador não realiza essa proteção por meio do Direito Penal é cabível a utilização da cláusula da “proibição de proteção insuficiente” (BARATTA, 2004, p. 250).

Isso porque nenhum campo do Direito está imune à vinculação constitucional. A Constituição é o “alfa” e o “ômega” do sistema jurídico-social. É necessário aceitar que houve uma “[...] sensível alteração na seara de conformação legislativa” (BARATTA, 2004, p. 250), inclusive quanto à necessidade de “criminalização” de atentados a certos direitos fundamentais.

O principal objeto da aplicação da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente ao Direito Penal se refere à formulação dos diplomas legislativos penais e sua adequação aos chamados “mandados de criminalização” presentes na Constituição Federal de 1988.

Um importante aspecto do controle de constitucionalidade das leis penais pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente é o “inadimplemento legislativo” da obrigação de propor uma adequada tutela penal para os bens jurídicos merecedores. Trata-se de um problema de “inconstitucionalidade por omissão” (PALAZZO, 1989, p. 26).

De modo a possibilitar esse controle de constitucionalidade por intermédio do princípio da proporcionalidade em sua dimensão de “proibição de proteção insuficiente” é indispensável o estudo das origens do processo que poderá resultar na promulgação de uma lei penal incriminadora.

Uma “decisão legislativa” tem início quando um agente social consegue comprovar uma disfunção social que demanda uma intervenção penal. Deve ser demonstrada “[...] a falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta que a ela dá o subsistema jurídico, nesse caso o Direito Penal” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 21).

Para que essa comprovação ocorra, o agente social deverá fornecer dados que permitam assentar as bases para uma discussão a respeito de suas demandas e estar em condições de suscitar essa discussão em âmbitos comunicativos relevantes para a sociedade como um todo (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 21).

Esses “agentes” podem ser as forças policiais, sociais ou econômicas institucionalizadas, como o governo, os partidos políticos, sindicatos, associações empresariais, ou mesmo grupos sociais organizados não institucionalizados, “[...] como associações de proteção ao meio ambiente, feministas etc.” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 21).

Essa “primeira fase” se encerra com a inclusão do “desajuste coletivo” identificado na “agenda temática social” e com a abertura da possibilidade de que o subsistema jurídico-penal tenha que se modificar para resguardar ou modificar a nova realidade social ou econômica (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 23).

A atividade desses “grupos de pressão” é regida pelo desejo de resolver o problema social identificado de conformidade com seus interesses. A Lei Penal deve ser justificada pela remissão à Constituição no momento de determinar os conteúdos da racionalidade jurídico-penal (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 187).

O texto constitucional não incorpora um programa político-criminal concreto. Somente fornece linhas programáticas gerais e um sistema de valores que não pode ser desobedecido, não está plenamente explicitado na norma fundamental e é composto pelos direitos fundamentais (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 189).

Justamente esse “programa político-criminal concreto” é que vincula o legislador penal, que deve concretizá-lo por intermédio dos diplomas legislativos, suprimindo a demanda constitucional pela criminalização das infrações cometidas em desfavor dos direitos fundamentais, de maneira suficiente.

A Constituição carece de potencialidade para além de uma “predeterminação genérica”, mas exige um “liminar mínimo de tutela penal”, cuja extensão e profundidade podem ser discutidas. Não se pode sustentar, porém, que a determinação constitucional sobre proteção penal dos direitos fundamentais encerra uma decisão legislativa “antigarantista” (FELDENS, 2005, p. 47-107).

Uma ordem de liberdade não se coaduna com a liberdade para matar, torturar, lesionar a saúde ou estimular preconceito racial. Requer, ao contrário, a proteção dessas e de outras objetividades jurídicas que são “condição de possibilidade” de uma vida digna em um ambiente social de coexistência de liberdades (FELDENS, 2005, p. 107).

A opção pela existência de um sistema penal veda o “abolicionismo penal” e a “despenalização global”. Não é possível “revogar” o sistema de proteção criminal. Esse sistema jurídico-penal constitucionalmente exigido é representado por um catálogo de infrações cuja criminalização é expressamente requerida pela Constituição (FELDENS, 2005, p. 116-118).

É nesse sentido que a proibição de proteção insuficiente impede que o legislador penal renuncie arbitrariamente ao emprego do Direito Penal e aos seus efeitos protetores diante de um bem jurídico de magnitude superior (FELDENS, 2005, p. 110).¹ Essa omissão é incompatível com o princípio constitucional da proporcionalidade.

O princípio funciona como parâmetro das atividades legislativa e jurisdicional sob a perspectiva da ofensividade. Os mandados de criminalização ingressam nas Constituições por motivações diversas, “[...] como reflexo de uma concepção de cidadania que forma a raiz de um novo modelo de Estado” (FELDENS, 2008, p. 35-45).

Desse modo, especificamente no que se refere à violência contra a mulher, faz-se necessário um rigor penal maior, sob pena de se ter uma atuação estatal insuficiente e, via de consequência, incompatível com a Constituição de 1988 e com os tratados internacionais de direitos humanos.

4. A NECESSIDADE DE RECRUDESCIMENTO PENAL NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

O Direito é um fator decisivo para a efetividade do sistema de preconceções acerca da identidade e da natureza dos sexos e recebe delas várias de suas instituições fundamentais. Não é de se estranhar o fato de que poucas esperanças de emancipação feminina foram depositadas no Direito.

Enquanto “saber prático” inserido em um mundo social no qual as mulheres eram apenas seres passivos e desvalorizados, o Direito, partindo dos dados culturais romanos sobre gênero e ignorando uma cultura judaica muito mais igualitária, diferenciava-se como sistema produtor de imagens sobre o feminino (HESPANHA, 2001, p. 72).

O Direito se apartava dos pontos de vista extremos sobre a incapacidade das mulheres e desenvolvia algumas valorações próprias que não permitiam a integração de situações reais. São exemplos: a mulher proprietária de bens, a “senhora feudal” e a mulher “reinante” (HESPANHA, 2001, p. 72).

¹ Alguns mandados de criminalização restam expressos na Constituição. Alguns exemplos, constantes dos incisos do Art. 5º da Carta Política são os seguintes: “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...] XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;” (BRASIL, 1988, n.p.)

O “feminino” é obscurecido pelo masculino. Quando a imagem da natureza feminina irrompe no Direito, este explicita a “pré-compreensão” da mulher que o próprio saber jurídico amplia e projeta socialmente nas instituições, regras, aforismos e exemplos de fraqueza, debilidade intelectual e indignidade (HESPANHA, 2001, p. 72).

Essa subordinação (reforçada pelo sistema jurídico) pode ser vivenciada e de forma mais evidente no caso da “mulher casada”. Apesar da afirmação de que os cônjuges se fazem “carne de uma só carne” a partir do matrimônio, a desigualdade que antecede as núpcias limita essa promessa de igualdade (HESPANHA, 2001, p. 78-79).

Nesta esteira, a ciência posicionou-se diante da contextualização de uma tal ‘fraqueza da mulher’ que surgiria da “impotência” do feminino em impor-se ao masculino e da passividade e plasticidade do gênero que o tornaria disponível e faria com que recebesse todas as determinações alheias. Chegando-se a dizer que essa ‘fraqueza’ estaria relacionada com a maior debilidade dos genes e do “sêmen” femininos (HESPANHA, 2001, p. 82-83).

Assim, o remédio contra esses “defeitos” das mulheres era a constante vigilância sobre seus “costumes” e seu rigoroso confinamento ao mundo doméstico. “*Era esto lo que se predicaba bajo la regla del pudor y honestidad de las mujeres*” (HESPANHA, 2001, p. 87). O estigma passava da sociedade ao Direito e vice-versa.

O período “clássico” passou; entretanto, os conflitos de gênero na ciência do Direito continuaram, e perduram até hoje. Mesmo com a industrialização e as notórias modificações nas relações sociais na modernidade, o quadro de submissão não se modificou tão substancialmente quanto deveria.

O “enrijecimento penal” da violência de gênero também ocorre na Europa e no restante da América Latina. A Espanha determinou medidas de proteção integral (inclusive penais) contra a violência de gênero. Essa legislação inspirou a lei brasileira que com ela tem inúmeras semelhanças (MELLO, 2010, p. 939).

O uso “simbólico” do Direito Penal foi um forte argumento do movimento feminista para justificar sua “demanda criminalizadora”. Normas penais simbólicas causam uma sensação de segurança “imediata” e causa uma ilusão de segurança jurídica. Ocorre que as verdadeiras causas dos conflitos permanecem ignoradas (MELLO, 2010, p. 939).

É conveniente lembrar que a própria mulher foi vítima dessa mesma “carga simbólica” do Direito Penal no período no qual somente poderia ser considerada vítima de determinados crimes se fosse “honesta”, ou seja, de conduta adequada para a visão masculina (MELLO, 2010, p. 939).

Desse modo, a própria legislação corrobora o descaso dos mecanismos jurídicos em relação à violência contra a mulher em diversos aspectos. Vários diplomas confirmam tal situação. Ocorre que há um exemplo notável, uma questão sensível, qual seja, o caso dos crimes conta a dignidade sexual.

5. O EXEMPLO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A hediondez dos crimes sexuais é evidente, especialmente pelo fato de geralmente ocorrerem a partir da vulnerabilidade de suas vítimas, especialmente, das mulheres. Em decorrência dessas características, faz-se evidente que deveriam encontrar punições mais severas.

Uma mulher que sofre uma agressão sexual é parcialmente responsabilizada pela ação da qual foi vítima. Isso demonstra uma configuração de valores que “[...] abriga e modela a virtualidade do ato violento” e separa a natureza atraente e perigosa do feminino da incondicionalidade do desejo viril do qual o masculino é presa” (HEILBORN, 1987, p. 14).

Heleno Cláudio Fragoso escreveu que, na aplicação do Código Penal, tendo em vista suas disposições “conservadoras” e o surgimento de um “período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual”, os juízes deveriam se atentar ao “envelhecimento e desatualização da lei” (FRAGOSO, 1988, p. 3).

O jurista, contudo, apesar de demonstrar uma postura progressista, confirma os ideais machistas determinados pela jurisprudência da época, ao afirmar que, no estupro mediante violência, a resistência da vítima tem de ser “séria e constante”, não apenas voltada a “simular honestidade” ou “expressar indecisão” (FRAGOSO, 1988, p. 7).

Ainda pior: afirma que a violência “[...] tem de ser cumpridamente demonstrada. É muito difícil que um homem sozinho, por maior que seja a sua superioridade física, possa manter conjunção carnal mediante violência” (FRAGOSO, 1988, p. 7). Nota-se que mesmo a “interpretação contemporânea” dos dispositivos deve ser vantajosa para o homem.

O estupro é um meio de controle na relação masculino-feminino cuja finalidade última é a subjugação. A mulher passa a ser vista como objeto do desejo masculino de controle e de domínio. Não se trata somente da patologia individual do atacante, mas da patologia social que gera a relação personalidade-crime (SANTOSb, 1997, p. 18).

Este contexto jurídico penal em verdade acaba por refletir um comportamento político social desenvolvido e fomentado há muito pela humanidade. A leitura dos delitos contra a

dignidade sexual, notadamente diante das vítimas mulheres, leitura carregada de um discurso protetivo do agressor, expressa-se como a caracterização trágica da dominação masculina.

Trata-se de uma leitura imposta pela doutrina da heteronormatividade que oprimiu o oprime a relação igualitária de gênero, e assim busca contemporizar, justificar a injustificável conduta do agressor no comportamento da agredida.

Vale dizer que no Direito Penal, a discriminação sempre esteve e está presente, podendo ser observada em vários aspectos, por exemplo, no requisito de “honestidade” da mulher para que pudesse ser considerada vítima em crimes como a “posse sexual mediante fraude” e o “atentado ao pudor mediante fraude”. Esse requisito se refere ao exercício da sexualidade pela mulher (PANDJARNJIAN; PIMENTEL; SCHRITZMEYER, 1998, p. 82).

Além disso, a “seletividade” da Justiça Criminal brasileira alcança, na maior parte das vezes, a população de baixa renda (PANDJARNJIAN; PIMENTEL; SCHRITZMEYER, 1998, p. 43). Estabelece-se, assim, uma estreita relação entre os crimes sexuais e a violência contra a mulher.

Em tempos não remotos, determinava o Supremo Tribunal Federal que, para a “hediondez” do atentado violento ao pudor, seria necessário que do fato resultasse lesão corporal grave ou morte, flexibilizando o regime de pena para os criminosos que tivessem “apenas” violentado sexualmente a mulher. Tratava-se do conhecido estupro *light* (PANDJARNJIAN; PIMENTEL; SCHRITZMEYER, 1998, p. 88).

Esse entendimento foi modificado pelo Pretório Excelso no ano de 2001, com base nos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, no julgamento do *Habeas Corpus* de número 81288 (BRASIL, 2001, n.p.), de modo que não mais consta da atual jurisprudência da Suprema Corte.

Evidencia-se, assim, que a legislação penal, assim como a doutrina e a jurisprudência que se voltam a interpretá-la e aplica-la no plano concreto tem sido insuficientes no que concerne à proteção penal dos direitos fundamentais da mulher, especialmente no que concerne à sua dignidade sexual.

A necessidade de recrudescimento das penas relacionada à violência de gênero, especialmente no concernente aos crimes contra a dignidade sexual chegou ao Legislativo federal, que aprovou grandes modificações no referido Título do Código Penal brasileiro, assim como revogou um dispositivo da Lei de Contravenções Penais que também a banalizava.

Trata-se do Projeto de Lei n. 618 de 2015, de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin, do PCdoB do Amazonas. Referido foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 7 de março de

2018, sob o número 5452/2016. A Câmara, porém, enviou o substitutivo SCD 2/2018 que, em 7 de março de 2018, foi aprovado pelo Senado Federal.

Apesar de ainda se encontrar pendente de sanção presidencial, as modificações por ele colocadas merecem destaque. Acrescenta-se o tipo penal de *importunação sexual*, por intermédio do Art. 215-A. Trata-se de um tipo subsidiário, cabendo, em relação a ele, suspensão condicional do processo, em decorrência da pena mínima de um ano.²

Acrescenta-se o §5º ao tipo penal de *estupro de vulnerável*, afirmando-se que a adequação típica independe do consentimento da vítima ou do fato de já ter mantido relações sexuais anteriores ao crime,³ encerrando, ao menos em tese, uma celeuma doutrinária e jurisprudencial que permanece por décadas.

Acrescenta-se, também, a figura típica da *divulgação de cena de estupro e estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia*, também um delito subsidiário, para o qual também poderá caber suspensão condicional do processo. Há, todavia, uma causa de aumento de pena, atinentes à relações anteriores com a vítima (§2º), e uma excludente de crime (§2º).⁴

Outra figura típica inédita é o *induzimento ou instigação a crime contra a dignidade sexual*, com pena de detenção de um a três anos⁵. Mudança importantíssima ocorreu no Art. 225 já que, a partir da entrada em vigor do diploma, os crimes contra a dignidade sexual passam a ser processados mediante ação penal pública incondicionada.⁶

Modificam-se também as hipóteses gerais de aumento de pena do Art. 226, que passa a prever acréscimos de um terço, metade e dois terços⁷. Retira-se, também, o atual inciso III do

² “Art. 215-A. Praticar, na presença de alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso, com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de um a cinco anos, se o ato não constitui crime mais grave”. (BRASIL, 2018, n.p.)

³ “Art. 217-A [...] §5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela já ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”. (BRASIL, 2018, n.p.)

⁴ “Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave. Aumento de pena §1º A pena é aumentada de um a dois terços se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança ou humilhação. §2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, se ela for maior de dezoito anos” (BRASIL, 2018, n.p.)

⁵ “Art. 218-D. Induzir ou instigar alguém a praticar crime contra a dignidade sexual: Pena - detenção, de um a três anos. Incitação ou apologia de crime contra a dignidade sexual Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, publicamente, incita ou faz apologia de crime contra a dignidade sexual ou de seu autor”. (BRASIL, 2018, n.p.)

⁶ “Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada. Parágrafo único. (Revogado)”. (BRASIL, 2018, n.p.)

⁷ “Art. 226. A pena é aumentada de: I - um terço, se o crime é cometido: a) em local público, aberto ao público ou com grande aglomeração de pessoas, ou em meio de transporte público; b) durante a noite, em lugar ermo, com o

Art. 234-A, tendo em vista que, de acordo com o projeto, a referida causa de aumento já constaria do alínea “a)” do inciso I do Art. 226, adicionando-se outras duas causas de aumento.⁸

O Projeto também revoga o Art. 61 da Lei de Contravenções Penais,⁹ relacionado à importunação ofensiva ao pudor, cuja recepção pela Constituição de 1988 há muito era questionada, de modo que, ao recrudescer a tutela penal da dignidade sexual, corrobora a hipótese de que a proteção aos direitos fundamentais das mulheres ainda é insuficiente.

Assim é que, se não podemos negar a existência de um ciclo de violência que corrompe as estruturas mais sólidas da sociedade contemporânea, violência que se mostra perversa, cada vez mais agressiva, repulsiva e estigmatizante, necessário se faz identificar a imposição da proteção penal e de forma eficiente para assegurar, salvaguardar o direito das mulheres.

Não se autoriza mais duvidar do modelo de dominação edificado pela trajetória da humanidade, por consequência, também não estamos autorizados a questionar a necessidade de um resgate que já se apresenta como histórico, nos processos de combate a todas as formas de violência contra a mulher.

O processo de dominação perpetrado pelo modelo androcêntrico, fez erigir as bases patriarcais e em consequência excluiu a mulher das discussões estruturantes do contrato social; esta exclusão se torna então causa e consequência de todas as formas de violência perpetradas em face da mulher, dentre elas a violência contra sua dignidade sexual, aqui apontada como autorizadora da intervenção necessária e eficiente do Estado.

Importa reconhecer então, após identificada a necessidade de atuação do Estado na seara do Direito penal, sua capacidade efetiva de proteção. Ou não, identificando neste caso, a omissão inconstitucional do legislador.

É que de nada nos serve um direito penal que se especializa no indivíduo e na violência contextual; voltando todas as suas lentes para o agressor e esquecendo toda a rede social que alimenta o comportamento agressivo (BARATTA, 1993, p. 46).

Finalmente, necessário pontuar que não se nega o caráter minimalista do Direito Penal, tão pouco a necessidade de conjugação de esforços da ciência criminal, quando esta se impõe,

emprego de arma, ou por qualquer meio que dificulte a possibilidade de defesa da vítima; II - metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela; IV - um a dois terços, se o crime é praticado: Estupro coletivo a) em concurso de dois ou mais agentes; Estupro corretivo b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima”. (BRASIL, 2018, n.p.)

⁸“Art. 234-A. [...] III - de metade a dois terços, se do crime resultar gravidez; IV - de um a dois terços, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência”. (BRASIL, 2018, n.p.)

⁹“Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena - multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis”. (BRASIL, 1941, n.p.)

com outros instrumentos identificados nas políticas públicas criminais, como forma de proteção plena dos direitos fundamentais.

Ocorre que negar a necessidade de atuação da seara penal no combate a violência contra a mulher, e em particular a violência contra a dignidade sexual da mulher seria leviano e prematuro. A proteção penal, hoje ainda insuficiente, conforme demonstrado, necessita da implementação adequada para fazer frente ao desrespeito e assim cumprir seu papel de proteção dos direitos.

É inquestionável a necessidade da soma de esforços apta a interromper os ciclos de violência; olhar a proteção dos direitos da mulher e dos crimes sexuais, pela ótica da vítima é o primeiro e um significativo passo no sentido de proporcionar às mulheres os instrumentos para compor um discurso de coragem e segurança, capacitando o coletivo em formas eficazes de detecção sobre esta violência e notadamente dos mecanismos de paralização imediata destes hábitos historicamente arraigados.

Necessária a reconstrução da história; recriar as estruturas objetivas e subjetivas de um processo de dominação masculino [que acaba por deitar reflexos em todo comportamento que se afaste da heteronormatividade] que se realiza permanentemente e que vem sendo perpetuado ao longo dos tempos, realizado por diversas instituições e mais perversamente pela escola, pela academia, quando reproduz os discursos androcêntricos descontextualizadamente (BOURDIEU, 2012, p. 100).

Mas enquanto este processo de desconstrução e reconstrução não se efetivar, enquanto não aceitarmos a hipótese diagnóstica de violação dos direitos das mulheres, autorizadores, num processo histórico, da violência de gênero, não seremos capazes de buscar a garantia da igualdade de gênero e assim os direitos da mulher entre eles da sua dignidade sexual.

A discussão de gênero, calada pelos crimes sexuais é uma discussão verdadeiramente de privilégios, imposta pelo androcentrismo que autorizou o homem e sua condição heteronormativa a acumular poderes.

Reconhecer os direitos da mulher e sua dignidade sexual é um ato de negação de privilégios, e por ser tema tão sensível impõe a atuação da mais reservada das faces do direito, e de forma severa, contundente, pena de, ao revés, legitimar mais e mais a violência e a dominação que sufoca, anula e nega a condição humana da mulher.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma sociedade civilizada, baseada no conceito de Estado moderno, os direitos fundamentais são necessários à convivência, o que faz com que seja necessário garantir esses direitos, tanto em relação às omissões quanto às ações estatais. Em decorrência dessa necessidade, a Constituição brasileira de 1988 determina a proteção penal a esses direitos.

Desse modo, proteger criminalmente os direitos fundamentais das mulheres equivale a obedecer a Constituição Federal. A falta de criminalização desse tipo de violência, ou a insuficiência das penas relacionadas nada mais são do que omissões inconstitucionais a serem combatidas pelos Poderes.

A Constituição de 1988 garantiu direitos de várias espécies, individuais e sociais, de forma que a proteção carente a qualquer dessas espécies é uma incoerência normativa e configura desobediência ao regime constitucional dos direitos fundamentais, enquanto bens jurídicos carentes de resguardo, inclusive, na esfera criminal.

O direito penal, todavia, deve atuar apenas em relação às mais graves infrações aos bens jurídicos mais relevantes, o que revela sua subsidiariedade e sua fragmentariedade. Essa concepção “minimalista”, todavia, não equivale à possibilidade de eliminação da tutela penal, já que a Constituição determina a necessidade de resguardo dos direitos fundamentais.

Sob o princípio da proporcionalidade, a proteção conferida pelo direito aos cidadãos deve ser “suficiente”. Referido princípio obriga todos os outros poderes constituídos, e proíbe que a proteção conferida aos direitos fundamentais seja deficiente, pois essa situação acarretaria uma evidente omissão inconstitucional.

Desse modo, a ausência ou a insuficiência das normas penais protetoras dos direitos fundamentais das mulheres configura inconstitucionalidade, a agredir sua autonomia e sua dignidade, assim como a desobedecer o princípio constitucional da proporcionalidade. Assim, os mandados constitucionais de criminalização vinculam o Legislador, que deve concretizá-los.

O Poder Legislativo deve cumprir o “programa político-criminal” determinado pela Constituição, por intermédio dos diplomas normativos, de maneira suficiente. Por isso é que, em relação à proteção dos direitos fundamentais da mulher, a legislação penal carece de rigor punitivo.

Ao proteger a mulher de maneira deficiente, a legislação corrobora o descaso dos mecanismos jurídicos em relação à violência de gênero. Note-se, nesse sentido, o exemplo dos crimes contra a dignidade sexual, de evidente hediondez, a merecerem punições concretas e severas aos perpetradores.

Essa necessidade de recrudescimento se reconhece no Projeto de Lei n. 618 de 2015, iniciado no Senado Federal que, apesar de ainda pender de sanção presidencial, busca ampliar

a proteção da dignidade sexual e proteger, de maneira mais eficiente, seus direitos fundamentais.

Assim, a proteção dos direitos das mulheres, mais de perto observado na proteção do direito à dignidade sexual assume, portanto, status constitucional impondo de forma sensível a atuação do direito penal, pena de assistirmos através da proteção ineficiente o fortalecimento do discurso de dominação já identificado como violador dos direitos fundamentais da mulher.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad e la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.). **Criminología y sistema penal: compilación in memoriam**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 161.

_____. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Fascículos de ciências penais, v. 6, n. 2, p. 44-61, 1993.

BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. Trad. Maria Helena Küehner. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 2 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 81288**. 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 set. 2018

_____. **Lei das Contravenções Penais**. 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 2 set. 2018.

_____. Senado Federal. **SCD 2**. 2018. Disponível em: <www25.senado.leg.br>. Acesso em: 2 set. 2018.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: _____. SALAZAR UGARTE, Pedro (Org.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005, p. 172.

COPETTI, André. Por uma (neo)filosofia política constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do estado democrático de direito brasileiro. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: (neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições**. Porto Alegre, n.2, p. 13-32, jan.-dez., 2004, p. 14.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2005.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 4. ed. Madri: Editorial Trotta, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial. v. 2 (Arts. 213 a 359). 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

HEILBORN, Maria. Cidadania para mulheres. **Ciência Hoje**, n. 5, v. 28., p. 13-15, 1987.

HESPANHA, Antonio Manuel. El estatuto jurídico de la mujer en el derecho común clásico. **Revista Jurídica**, Universidad Autónoma de Madrid, n. 4. p. 71-88, 2001.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. A lei Maria da Penha e a força simbólica da nova criminalização da violência doméstica contra a mulher. **Anais do XIX CONPEDI**. 2010, Fortaleza, p. 936-950, 2010.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

PANDJIARNJIAN, Valéria; PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Estupro**: crime ou “cortesia”? Abordagens sociojurídicas de gênero. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

ROXIN, Claus. **Proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SANTOSa, Maria de Fatima Franco. **Violência sexual**. Campinas: Alínea, 1997.

SANTOSb, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Conceito, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 12, v. 47, p. 60-122, mar.-abr., 2004.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Interesse Público**. Ano 1, n. 2, p. 93-107, abr.-jun., 1999, p. 94.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, v. 1, n.53, p. 223-251, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: (neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições. Porto Alegre, n.2, p. 243-284, jan.-dez., 2004.