

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I**

**MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER**

**SILVANA BELINE TAVARES**

**LOIANE DA PONTE SOUZA PRADO VERBICARO**

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 Naspolini - 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, sexualidades e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Maria Claudia Crespo Brauner; Silvana Beline Tavares; Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-624-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

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

CDU: 34



# XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

## GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

---

### **Apresentação**

A presente publicação é resultado do GT: Gênero, Sexualidades e Direito I, realizado no XXVII Encontro do CONPEDI, em Salvador, no dia 14 de junho de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Foram apresentados 22 trabalhos dentro de uma variedade de temáticas e multiplicidade de perspectivas teóricas e que envolvem as principais questões que são objeto de atenção de diversas áreas, mas que tem recebido especial atenção dos juristas, engajados com a luta pelo fim das discriminações entre homens e mulheres. A partir de uma perspectiva de defesa da diversidade, da individualidade e das sexualidades, questionam-se os papéis de gênero, o patriarcado, heterossexismo, homofobia e transfobia, nas suas mais variadas manifestações.

Esta publicação conta com a participação de juristas experientes bem como a contribuição de jovens pesquisadores que, atuando especialmente na área do Direito, perceberam a importância da perspectiva transdisciplinar como caminho propulsor da transformação e de reconhecimento da diversidade humana.

Os estudos de Gênero vêm ganhando atenção mundialmente e, via de consequência, os juristas percebem nesses novos estudos um grande desafio para renovação do Direito, com o objetivo de promover o respeito à diversidade e à dignidade humana.

Assim, as discussões temáticas que integram a presente publicação propõem, no âmbito de cada uma das questões enfrentadas, uma atuação mais democrática dos cidadãos, cidadãs, e dos e das profissionais, permitindo a busca de soluções para os problemas sociais contemporâneos, relativos às temáticas que entrelaçam gênero, sexualidades e Direito.

Para analisar a servidão ao patriarcado, Camyla Galeão de Azevedo e Loiane Prado Verbicaro no artigo “A docialidade da servidão e a amargura da liberdade: uma análise do patriarcado sob a perspectiva da servidão voluntária”, analisam a noção de servidão voluntária da obra de La Boétie, como possibilidade de compreensão da opressão das mulheres a partir dos conceitos de inferioridade e submissão que reforçam a lógica hierárquica de desigualdade de gêneros.

Ao apresentar o artigo “A importância da luta dos movimentos sociais feministas no desenvolvimento da tipificação do feminicídio e na busca por igualdade entre os gêneros”, Claudine Rodembusch Rocha e Henrique Alexander Grazzi Keske fazem um breve histórico do que denomina de ativismo social feminino, enfatizando a luta pelos direitos de igualdade e sua conquista, para analisarem a lei tipificadora e/ou qualificadora do feminicídio.

Yasmin Dolores de Parijos Galende em “Controle patriarcal sobre as sexualidades e a reprodução desse dispositivo de poder nas instituições de ensino”, busca identificar nos projetos institucionais a docilização dos corpos que são padronizados para se adequarem silenciosamente a heteronormatividade.

Em “Democracia e movimentos sociais digitais: uma análise a partir do movimento feminista em redes”, Jessica Cristianetti e Amanda Netto Brum trabalham sob a perspectiva que os movimentos sociais evoluíram nos últimos anos e, como as comunicações em redes, através da internet, ganharam proporção global e viral, questionando sobre a influência destes sobre a Democracia.

Grazielly Alessandra Baggenstoss apresenta no artigo “Direitos fundamentais das mulheres: o mínimo existencial diferenciado pelo gênero”, o questionamento sobre qual a configuração normativo-jurídica para a garantia da dignidade das mulheres e os respectivos parâmetros de mínimo existencial a partir da perspectiva do reconhecimento internacional dos direitos humanos e no âmbito constitucional brasileiro.

O artigo “A autoafirmação afetivo-sexual da pessoa com deficiência: em defesa do livre exercício da sexualidade na diversidade funcional”, Carolina Valença Ferraz e Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto analisam a postura da sociedade sobre a invisibilização dos componentes desse grupo social, o que acaba acarretando, diversas vezes, em uma supressão da autonomia desses indivíduos juntamente com a negação de suas liberdades sexuais.

Gabriela de Moraes Kyrillos e Sheila Stolz em “Sexismo na academia brasileira: estudo de casos desde o sul do Brasil”, fazem uma análise crítica sobre as emblemáticas denúncias de estudantes dos Cursos de Direito de duas Universidades Federais do sul do Brasil: UFSC e FURG, realizando um breve resgate histórico sobre a inclusão das mulheres no ensino formal e no fazer Ciência, para constatar que, atualmente, persistem os fenômenos conhecidos como “teto de vidro” e “labirinto de cristal” – compreendidos como violência simbólica de gênero.

No artigo “Violência contra a mulher e desigualdade de gênero na estrutura da sociedade: da superação dos signos pela ótica das relações de poder”, Michelle Ângela Zanatta afirma que

a violência contra mulher repousa sobre o capitalismo e a desigualdade de gênero está no centro do desequilíbrio de poder normalizado na sociedade.

Liv Lessa Lima De Holanda em “Um estudo sobre pessoa, direitos da personalidade e a cirurgia de redesignação de estado sexual à luz da teoria geral do direito”, aborda os direitos da personalidade, direito ao corpo e à integridade física, para discutir a transexualidade.

Em “ Violência obstétrica: uma grave violação aos direitos humanos das mulheres”, Roberta Lemos Lussac critica a problemática existente em práticas obstétricas brasileiras, rotineiras e naturalizadas pela medicina, que, constituem grave violação aos direitos humanos das mulheres.

Giselle Meira Kersten em “Nana, Neném, que a cuca vem pegar, papai foi para roça, mamãe foi passear” analisa os fundamentos da discriminação da mulher no mercado de trabalho, a partir de fatores histórico-socioculturais, biológicos e/ou legais.

“Diálogo das fontes e sistema penal: um olhar à proteção dos direitos humanos das mulheres” DiMarjorie Evelyn Maranhão Silva e Valdira Barros analisam a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes ao sistema penal, no que tange à proteção dos direitos das mulheres.

Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães em “A judicialização do estupro contra mulheres: como o sistema criminal brasileiro aborda essa forma violência?” faz uma discussão acerca do estupro, com o intuito de investigar como esse delito é abordado no sistema criminal brasileiro.

Em “Mulheres presas em flagrante no Pará: direito e igualdade” Lizandro Rodrigues de Sousa e Celso Antônio Coelho Vaz através da análise da legislação correlata e da análise de cinco casos avaliam o procedimento atualmente adotado quando do aprisionamento de mulheres em flagrante no Estado do Pará (BR) e avaliam a adequação deste procedimento aos direitos subjetivos das mulheres encarceradas no âmbito do sistema judicial e policial.

No artigo “A questão de gênero, sexualidade e orientação sexual na atual base nacional comum curricular (bncc) e o movimento lgbttqis”, Paulo Roberto De Souza Junior enfoca a análise sobre o gênero, sexualidade e orientação sexual na BNCC – ou sua omissão - e as consequências ao movimento LGBTTTQIs,

Andréa Santana Leone De Souza e Mônica Neves Aguiar Da Silva em “A tutela da criança intersex: uma análise principiológica” discutem os princípios e regras constitucionais na perspectiva da tutela da criança intersex em uma sociedade complexa, plural e diversa.

A avaliação da evolução jurisprudencial relativa às uniões homossexuais, desde a publicação da Constituição Federal, de 1988, como efetivação de Direitos Fundamentais, tais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana é feita por Cynthia Barcelos dos Santos e Carmen Hein De Campos em “Considerações sobre as uniões homossexuais: da evolução jurisprudencial à autodeterminação”.

Análise das regras sobre a definição do sexo de um indivíduo, em especial dos transexuais é elaborada por Clift Russo Esperandio e Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti levando-se em consideração fatores que não se restringem apenas aos biológicos com o artigo “Direito e sexualidade na sociedade da informação: uma visão sob o aspecto dos direitos da personalidade”.

Iverson Sheldon Lopes Duarte em seu trabalho “Efetividade constitucional: análise das decisões sobre união igualitária ancorada em uma teoria da argumentação”. Discorre sobre o julgamento pelos Tribunais Superiores de ações relacionadas à união entre pessoas do mesmo sexo, o que ensejou debates sobre limites da atividade jurisdicional e sua legitimidade ao inovar o ordenamento jurídico.

Camila Christiane Rocha Nicolau em “O papel contramajoritário do supremo tribunal federal no reconhecimento da dignidade dos transgêneros” destaca a importância do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal para a tutela dos direitos dos grupos minoritários através da análise da decisão proferida em na ADI 4275 que reconheceu aos transgêneros a possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo.

E por fim, o artigo “O papel do estado na inclusão de atletas transexuais no esporte à luz da teoria do reconhecimento social” de Ednilson Donisete Machado e Marco Antonio Turatti Junior traz uma discussão sobre o papel do Estado no tratamento de atletas transexuais no esporte, à luz da teoria do reconhecimento social, indicando a vulnerabilidade sofrida pelo grupo na questão de gênero e a necessidade de um diálogo interdisciplinar.

As contribuições ora apresentadas confirmam a emergência do tratamento das diversas problemáticas ora apresentadas e que convocam à transformação dos comportamentos e à aplicação do Direito de forma a promover a igualdade e o respeito à diversidade e à coexistência pacífica em uma sociedade que se propõe verdadeiramente democrática.

Maria Claudia Crespo Brauner - Universidade Federal do Rio Grande

Silvana Beline Tavares - Universidade Federal de Goiás

Loiane Prado Verbicaro - Centro Universitário do Estado do Pará

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](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **DIÁLOGO DAS FONTES E SISTEMA PENAL: UM OLHAR À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES**

### **DIALOGUE OF SOURCES AND PENAL SYSTEM: A LOOK TO THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS OF WOMEN**

**Marjorie Evelyn Maranhão Silva <sup>1</sup>**  
**Valdira Barros <sup>2</sup>**

#### **Resumo**

O presente trabalho visa analisar a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes ao sistema penal, especialmente no que tange à proteção dos direitos das mulheres, grupo historicamente vulnerabilizado e invisibilizado, assim como tantos outros, cujos direitos humanos foram e ainda são negados pelo mundo do direito e pelo sistema penal, que não se adequa às suas vulnerabilidades e necessidades. Isso justifica, pelo método dedutivo, a necessidade de adoção de proteção horizontal dos direitos desses grupos, a partir da teoria do diálogo de fontes.

**Palavras-chave:** Teoria do diálogo das fontes, Sistema penal, Vulnerabilização social, Proteção horizontal de direitos, Direitos humanos das mulheres

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This study aims to analyze the application of Dialogue Theory of Sources to the penal system, especially with regard to protecting the rights of women, group historically vulnerable and invisible, as well as many others, whose human rights have been and still are denied by the world of law and by the penal system, that does not fit their vulnerabilities and needs. This justifies, through the deductive method, the need to adopt horizontal protection of the rights of these groups, based on the theory of the dialogue of sources.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Dialogue theory of sources, Penal system, Social vulnerability, Horizontal rights protection, Human rights of women

---

<sup>1</sup> Mestra em Direito pela Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Maranhão. Professora da Universidade CEUMA.

<sup>2</sup> Mestra e Doutora em Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão. Professora da Universidade Estadual do Maranhão e da Universidade CEUMA.

## 1. INTRODUÇÃO

A mulher vive, até hoje, um tenso, intenso e doloroso processo de reconhecimento de direitos, o que prejudica a construção dos seus direitos humanos, os direitos humanos das mulheres. E a ausência deles se reflete na construção de um sistema jurídico – em especial penal – marcado pelo sexismo.

E não são somente as mulheres que seguem socialmente vulnerabilizadas, mas diversos outros grupos também são construídos como diminuídos. E, pela existência de uma construção apenas individual dos discursos assecuratórios dos direitos humanos e de um sistema penal voltado a eles, reiteram-se suas invisibilizações sociais, na medida em que se fraciona a própria construção de suas fundamentações.

Se, por outro lado, as construções dos direitos humanos e do sistema penal não forem vistas de modo individualizado, buscando a proteção de um só grupo, mas como fundadas no ordenamento jurídico como um todo e na parença de suas vulnerabilizações, a partir do diálogo entre as fontes que protegem as diversas sujeitas e sujeitos, mais firme se torna a sua existência.

É por essa razão que se exige uma visualização coletiva dos direitos dos grupos vulnerabilizados, discutindo-se os direitos humanos dos grupos dentro do sistema penal para proteger uns e outros. Nessa perspectiva, discutir direitos humanos das mulheres dentro do sistema penal de forma horizontalmente dialogada, pode ser de grande valia já que todos precisam da mesma proteção, vez que são equitativamente invisibilizados.

Assim, neste trabalho, buscamos, através do método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica, responder à seguinte pergunta: em que medida o diálogo das fontes pode contribuir para a salvaguarda horizontal dos direitos humanos das mulheres, no que concerne ao sistema penal? E, para responder esse problema, pensamos a partir da necessidade de construção e respeito aos direitos humanos de outros grupos socialmente vulnerabilizados para fundamentar a proteção dos direitos humanos das mulheres, assim como nestes servindo de fundamentação aos demais.

Para atingir esse fim, o trabalho foi estruturado de modo a tratar, primeiramente, de algumas noções sobre a Teoria do Diálogo das Fontes e suas implicações para os direitos humanos, passando, em seguida, à construção dos direitos humanos das mulheres e sua invisibilização perante o sistema penal. Por fim, discorreremos sobre a possibilidade de reconstruir os direitos humanos das mulheres, em sede de sistema penal, a partir da utilização

do diálogo das fontes, fundamentando-os e sendo fundamentos dos direitos humanos de outros grupos invisibilizados.

## **2. A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES E SUAS IMPLICAÇÕES PARA OS DIREITOS HUMANOS**

A construção e o reconhecimento dos direitos são expressados a partir das suas fontes. Não é possível pensar em direitos, então, senão a partir delas, que são a expressão de tudo aquilo que o direito enuncia, sendo o seu começo e seu fim, já que ele gira em torno e se demonstra por elas.

E as profundas transformações históricas acontecidas quando do reconhecimento dessas fazem transparecer a importância de seu estudo e a necessidade de constante adequação delas à “nova” visão do mundo jurídico. Assim, falar de fontes do direito é falar de constante redimensionamento de sua importância e das interfaces jurídicas que elas enunciam.

Elas servem para preservar o ordenamento jurídico, que tem que se ressignificar a cada novidade social, para se adequar às (novas) necessidades humanas, toda vez que elas existirem (PAZ, 1991). Servem, então, para corrigir as precariedades jurídicas, que precisam ser apenas transitórias, sob pena de prejudicar o próprio sistema jurídico.

Tal transitoriedade se liga à ideia de Bobbio (1999) de unidade e de completude, já que ele reconhece o não isolamento das normas jurídicas, que precisam ser pensadas dentro ordenamento jurídico. Assim, a construção normativa precisa refletir-se enquanto pertencente a um conjunto, o que assegura a integralidade do ordenamento e a suficiência das fontes.

Nessa linha, as inconsistências da legislação, tanto na ordem de lacunas, como também de antinomias, precisam ser corrigidas para que seja preservada sua unidade e congruência, o que se faz a partir do preenchimento das arestas da legislação para assegurar a completude do ordenamento, bem como por meio da preservação de um dispositivo sobre outro menos relevante para garantir sua unidade (FERRAZ JUNIOR, 1995).

Seguindo essa ideia, quando da existência de conflitos ou de silêncios das normas, há a necessidade de resolução a partir das soluções advindas muitas vezes de outras normas, num processo de fundamentação e complementação de uns direitos por outros, para construir uma ideia de integralidade jurídica, fundada na completude de Bobbio (1999).

Vale ressaltar que as lacunas e as antinomias são importantes para que possam ser pensadas as relevâncias que os institutos e as situações jurídicas têm dentro de determinados

contextos. Só assim é possível perceber, de fato, qual é o entendimento jurídico mais relevante a ser adotado quando de certa situação.

Mas as próprias fontes que as “criam”, também as resolvem, confirmando-se como fundamentais à promoção de direitos, já que servem para assegurar a (apenas) transitoriedade desses fenômenos de precariedades jurídicas, que precisam ser resolvidos para que a solidez e a unidade do sistema jurídico sejam preservadas.

É também a partir delas que se assegura o resguardo de direitos igualmente essenciais. Sem observá-las, não seria possível entender o que une os ramos jurídicos e resolver os problemas de modo a preservar os seus interesses maiores, ajustando a resolução da situação à realidade e preenchendo seu sentido de existência. Pelo contrário, esvaziar-se-ia o direito de sentido e fragmentá-lo-ia, o que contrariaria a ideia de igualdade que o compõe.

E é a igualdade fundamental entre os diferentes ramos do direito que embasa a “conversa” entre eles e suas fontes, que devem ter uma aplicação coordenada (BENJAMIN, 2012, p. 5-7), uma vez que é pelo diálogo que se sustenta a necessidade de se articular os diversos direitos a partir de um mesmo fundamento, um núcleo essencial, que é o que vai assegurar a suficiência de suas fontes.

Assim, é a “conversa” (BENJAMIN, 2012, p. 5-7), é o diálogo entre as diversas fontes que servirá para a salvaguarda de direitos enquanto baseados uns nos outros e como efetivamente pertencentes ao mesmo conjunto jurídico.

Então, a Teoria do Diálogo das Fontes entrou no mundo jurídico para romper com o paradigma da separação dos ramos do direito, afastando a individualidade e inserindo uma visão coletiva dos direitos, enquanto fundamentados uns nos outros, garantindo proteção a partir de uma multiplicidade direcional, guiada pela construção racional da existência deles.

A professora Cláudia Lima Marques foi responsável por trazer para o Brasil a Teoria alemã do Diálogo das Fontes, pensada, inicialmente, pelo professor Erik Jayme, em 1995. Sua ideia foi de desenvolver interseções entre os diversos ramos do direito para que, pensando-os de forma coletiva, eles possam ser eficazmente justificados (CAMPOS, 2013).

A unidade do ordenamento jurídico fez-lhe pensar na não exclusão de um direito ou de um ramo do direito com relação a outro, mas trouxe-lhe a necessidade de visualização deles de forma integrada e complementar, para assegurar a permanência e confirmação dos já existentes, assim como a construção de novos e necessários direitos (MARQUES, 2012).

Segundo Campos (2013), a professora Cláudia Lima Marques explica a ideia de diálogo a partir da lógica do pensar, que liga duas ou mais fontes do direito que, de modo

coerente, convergem em algum ponto, demonstrando a igualdade, em certos aspectos, entre eles. Desse modo, o ponto em comum dos diversos ramos faz com que eles passem a ser reconhecidos como tendo os mesmos fundamentos de existência e de manutenção.

Ela segue no sentido de reconhecer a pareceria entre os diversos ramos do direito (para ela, pareceria especialmente existente entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor), de modo que as normas jurídicas não servem para aplicação a apenas um campo do direito, mas ao direito como um todo, pela ligação entre seus ramos (MARQUES, 2012).

Mas a ideia não se limita a esses ramos. Para Añazco (2014, p. 171-201), o reconhecimento dos direitos enquanto fundamentais aos seres humanos exige que haja uma interseção entre eles, de modo a reconhecê-los como universais e indisponíveis, o que permite uma visão integrada entre todos, de modo que um justifique os outros. E o Estado, enquanto garante deles, se torna responsável por prevê-los, integrá-los ao ordenamento jurídico e trabalhar no sentido de assegurar a proteção integral deles.

Quanto aos direitos essenciais dos seres humanos, de início, eles eram vistos de forma individualizada. Contudo, por motivo do crescimento das sociedades em dimensão e complexidade, o conceito desses direitos passou a sofrer transformações mais radicais. Já que as ações e os relacionamentos assumiram, cada vez mais, o caráter coletivo, em detrimento do individual, as sociedades modernas passaram a sentir a necessidade de se afastar da visão individualista dos direitos (CAPPELLETTI, 1988).

Então, esse individualismo, para Comparato (2010), foi sendo substituído, a partir do século XIX, pelo princípio da solidariedade, que se tornava um dever jurídico e trazia para os direitos a concepção de humanos:

A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. [...]  
O fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana.  
Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir o amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente. (COMPARATO, 2010, p. 77).

Essa ideia de solidariedade, que se liga ao princípio da dignidade, trouxe os direitos humanos para o centro do sistema jurídico, fazendo repensar sobre os motivos de existência e as formas de proteção desses direitos. Para Boaventura de Sousa Santos (1997),

Os direitos humanos estão no cerne desta tensão: enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos cívicos e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerando como o principal violador dos direitos humanos, a segunda e a terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade de vida etc.) pressupõem que o Estado é o principal integrante dos direitos humanos. (SANTOS, 1997, p. 11-12).

Nesse sentido, as ideias de maior ou menor salvaguarda dos direitos surgiram a partir da consideração de alguns deles enquanto essenciais à condição humana, o que trouxe uma mudança de paradigma, causando grande impacto (inclusive do direito internacional) sobre a ordem constitucional de cada Estado, pois atingiu suas Constituições, que tiveram que se adequar à nova ordem de universalidade de direitos (EMERIQUE, 2006, p. 51-90).

A partir dessas perspectivas, algumas concepções abstratas passaram a circundar os direitos humanos: “[...] i) uma condição etérea (existência imaterial); ii) uma dimensão absoluta (dados de uma vez por todas), e iii) uma variedade universal (no tempo e no espaço)” (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JÚNIOR, 2016, p. 22).

Esses direitos, então, passaram a não ficar estagnados. Trazia-se a ideia de não-hierarquização, mas de multiplicidade de fatores promovendo a reunião e o diálogo entre eles. Isso permitia fazer a aplicação simultânea de duas ou mais fontes a um mesmo caso, ou uma de modo complementar à outra, para resolver questões jurídicas (CAMPOS, 2013).

Assim, a “nova” realidade jurídica, criada pela possibilidade de aplicação de uma fonte não feita, inicialmente, para tratar de um certo caso a ele ampliou o leque de justificações jurídicas, ultrapassando os limites legislativos de modo a estender um direito prescrito para uma situação a tantos casos quantos o mundo do direito permitir.

Desse modo, não se permite mais pensar na restrição à visualização dos direitos dos quais o Estado é o garante de forma isolada. É preciso ultrapassar essas barreiras para tratá-los como pertencentes a um todo – o ordenamento jurídico –, merecendo especial e total resguardo, a partir da conjugação entre todos eles, enquanto direitos humanos que são.

### **3. OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E SUA INVISIBILIZAÇÃO FRENTE O SISTEMA PENAL**

Por muitos de anos, os direitos humanos das mulheres permaneceram completamente invisibilizados pelo mundo do direito e, especialmente, pelo sistema penal. E, mesmo reconhecendo-se (razoavelmente) a sua existência, tais considerações não se mostram suficientes para a asseguuração real dos seus direitos, se pensados a partir da igualdade.

Esse reconhecimento, que se iniciou no âmbito internacional, se estendeu ao Brasil. Mas isso não ocorreu de modo satisfatório, de forma que a inexistência de instrumentos suficientes apenas tem reiterado e legitimado a invisibilização e a vulnerabilização social das mulheres, inclusive dentro do sistema penal. Por isso, é preciso que as ferramentas jurídicas sejam utilizadas para, efetivamente, assegurar a especial proteção dos direitos delas, sob pena de continuarem invisibilizadas, como em toda a história.

Assim,

[...] é necessária uma análise mais profunda das leis penais, a fim de revelar a alta carga moralizante contida no ordenamento jurídico. Para isso, não basta um simples conhecimento descritivo das normas, mas uma reflexão comprometida em desvendar os valores transmitidos por tais normas. (SILVA, 2011, p. 11-27).

E repensar o sistema penal requer repensar nos ideias de igualdade e de reconhecimento das diferenças entre sujeitas e sujeitos sociais, sendo necessária a preservação delas. Segundo Said (1985), “diferença”, que se opõe à homogeneização, é a não igualdade, o que não significa assegurar mais direitos a uns que a outros, visto que “[...] ninguém tem o direito de usar a diferença como um instrumento para relegar os direitos dos outros a um status inferior ou menor” (SAID, 1985, p. 41, tradução nossa)<sup>1</sup>. Fala-se, então, na necessidade de constituição e reconhecimento de sujeitas e sujeito heterogêneos, construídos socialmente a partir do reconhecimento de suas diferenças (SPIVAK, 2010).

Nessa linha, é preciso reconhecer a existência das diferenças entre sujeitas e sujeitos sociais para se pensar nos direitos enquanto adequados a cada grupo de pessoas. As pessoas socialmente vulnerabilizadas devem ter seus direitos mais protegidos para a preservação da própria igualdade. E neste grupo estão as mulheres.

Quanto às mulheres, nós as percebemos sob a perspectiva de “gênero”, que é construída socialmente, mas que ainda tem sido entendida, em muito, como uma categoria que vai se limitar às diferenças sexuais e permitir a indagação metodológica sobre as formas de classificação do que é “masculino” e “feminino”. Assim, “gênero” é:

[...] uma categoria engendrada para se referir ao caráter fundante da construção cultural das diferenças sexuais, a tal ponto que as definições sociais das diferenças sexuais é que são interpretadas a partir das definições culturais de gênero. [...]. Este conceito pretende indagar metodologicamente sobre as formas simbólicas e culturais do engendramento social das relações sociais de sexo e de todas as formas em que a classificação do que se entende por masculino e feminino é pertinente e faz efeito

---

<sup>1</sup> “[...] no one has an inherent right to use difference as an instrument to relegate the rights of others to an inferior or lesser status” (SAID, 1985, p. 41).

sobre as mais diversas dimensões das diferentes sociedades e culturas. (MACHADO, 2000, p. 5).

Fraser (2006) vem reconhecendo também a perspectiva cultural ao “gênero” – além da diferença econômico-política que ele implica –, dizendo que ele tem sido usado para permitir que normas sejam construídas tendo como maior referencial a masculinidade e desqualificando tudo o que é visto como feminino. E, assim entendemos, é por causa dessas diferenças que as mulheres precisam de especial proteção.

No que tange aos direitos humanos, cabe destaque ao fato da construção deles não ter acontecido com neutralidade, em especial no que tange aos direitos humanos das mulheres:

Desde os primórdios da modernidade várias pensadoras e ativistas feministas denunciaram o carácter sexuado da cidadania, ou seja, destacaram que a construção jurídica moderna dos direitos humanos não é neutra, mas sim que está cruzada pela diferença sexual. Desta forma, a diferença sexual tem representado historicamente, e ainda continua a representar para as mulheres uma verdadeira marca de inferioridade, ou seja, uma fonte de contenção, na mesma medida em que a diferença sexual transformou o homem no paradigma do sujeito de direitos. (AÑAZCO, 2014, p. 171-201).

Nessa perspectiva, várias razões terminam justificando a posição de vulnerabilização das mulheres mesmo hoje. A noção do homem como dominador, assim como a crença no papel superior da mente racional do homem foram, por muito tempo, sustentadas pela tradição judaico-cristã, que traz a imagem de um deus masculino, personificação da razão máxima e fonte do poder maior, que impõe ao mundo sua lei divina (CAPRA, 2006).

Na Bíblia, principalmente no Antigo Testamento, como ressalta Lola de Castro (2010), vários adjetivos destruidores são aplicados às mulheres, como prostitutas, promíscuas sexuais, de vida desordenada, adúlteras. A menstruação é vista como imunda e o órgão sexual feminino é útil à reprodução e, se não for usado para isso, não serve para mais nada, pois é considerado perigoso e maligno, porque pode levar os “pobres senhores” à destruição.

Mas não são só os fundamentos religiosos que sustentam a vulnerabilização e, por consequência, a invisibilização das mulheres ainda hoje. Na história, por muito, as mulheres tiveram que servir de cobaias na experimentação de poções e unguentos, tendo depois se “convertido” em bruxas, pois tinham cometido o grave delito de “conhecer” as coisas, o que era reservado só aos homens (CASTRO, 2010).

E, de fato, o que há até hoje, seguindo a ideia de Bourdieu (2005, p. 16), é uma “construção social dos corpos”, que estão “[...] revestidos de significação social – o

movimento para o alto sendo, por exemplo, associado ao masculino, como a ereção ou a posição superior no ato sexual”.

Por oportuno, registre-se que, neste trabalho, utilizamos a expressão “vulnerabilizados” para pensar os diversos grupos sociais equitativos às mulheres que, como minorias, também são socialmente construídos como diminuídos, já que – pensando a partir de Bourdieu (2005) – a vulnerabilidade não é algo espontâneo e invariável. Ela é construída.

No que tange às construções sociais das mulheres, na mesma esteira, Simone de Beauvoir (1967) ressalta que a sociedade impõe à menina, desde seus primeiros anos de vida, uma renúncia à sua autonomia, devendo ser um objeto masculino, na medida em que há sua formação para “ser mulher”, hierarquicamente o “segundo sexo”, que deve ser submissa ao homem, dotado de prestígio viril, que tem o direito de mandar, inclusive na própria mulher.

Às mulheres, então, ficam reservadas apenas atividades sociosexuais, como passar, lavar, cozinhar, fazer limpeza, realizar trabalhos manuais ou servir famílias. Elas são obrigadas a seguirem sendo as “mulheres do estereótipo” (CASTRO, 2010).

Apesar da existência de tantas justificações históricas, existe uma característica que vai reger a situação geral das mulheres: a vulnerabilização, inclusive frente o sistema penal:

[...] ao longo dos tempos, a mulher sofreu as mais variadas formas de violência, expressões jocosas, salários inferiores, alegação de incapacidade de exercer direitos políticos e agressões verbais e físicas. Eis a razão pela qual se torna evidente o fato de que a mulher é o ser humano mais suscetível de sofrer com o fenômeno da violência, em todos os âmbitos sociais. (SILVA, 2011, p. 11-27).

Na verdade, nesse sistema, o que há é uma visibilidade inversa das mulheres. Para Silva (2011, p. 11-27), no sistema penal, as mulheres são vistas somente como infratoras, mas não como vítimas, de modo que só são reconhecidas as obrigações femininas, não seus direitos. Por essa razão, houve, por muito tempo (e ainda há), uma construção sexista dos crimes, de forma que só é protegida pelo sistema penal a “santidade” da mulher, o que, para ela, é uma obrigação.

Vera de Andrade (2012) destaca que, num passado muito próximo, várias expressões das leis penais demonstravam a repetição dessa estrutura. Como exemplo, destaca o crime de “sedução, que trazia a possibilidade de proteção (somente) da mulher “honesta”, a indicar que “tipo” de mulher teria direito à proteção penal. O tipo foi revogado somente pela Lei nº 11.106/2005, que aboliu essa qualificação sexista.

De modo semelhante, nova roupagem foi trazida pela Lei nº 12.015/2009 aos crimes contra a dignidade sexual, a começar pela alteração da nomenclatura do título penal (que

passou a ser denominado dessa maneira – “crimes contra a dignidade sexual”), estendendo-se aos tipos penais, que passaram a encaixar situações que não recebiam a devida importância por parte do sistema penal, com o mesmo reconhecimento de danosidade, como, por exemplo, o antigo “atentado violento ao pudor”, que fora abolido enquanto tipo independente, passando, as situações dispostas nele, a compor o tipo do “estupro” (ANDRADE, 2012).

A visualização desses dispositivos é importante porque eles refletem a situação histórica passada, auxiliando na compreensão do presente e nas necessidades de alterações do futuro, de forma a permitir uma real superação da estrutura sexista, que não se restringe às reformas nas leis, pois é, na verdade, um processo (ANDRADE, 2012).

No que se refere aos instrumentos internacionais de proteção às mulheres, alguns passaram a lhes reconhecer direitos em meados do século passado. O primeiro instrumento de salvaguarda dos direitos humanos – a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 – mencionou a garantia da igualdade entre todos os seres humanos, o que fez em seus artigos II, VII e XVI. Mas como documentos específicos de resguardo de direitos às mulheres destacaram-se:

De facto, em 1950 foi adotada uma ferramenta específica: a *Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher* (1952) que reconhece o direito ao sufrágio ativo e passivo para as mulheres em todos os processos eleitorais, assim como o direito a exercer cargos políticos e públicos. A esta, seguiram-se outras convenções internacionais centradas noutros tipos de direitos como a *Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas* (1957), a *Convenção sobre o Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registo dos Casamentos* (1962) ou a *Convenção sobre o Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registo dos Casamentos* (1965). (grifos da autora) (LUGO, 2014, p. 145-170).

Todavia, contra as práticas de violência específicas contra mulheres só surgiu, em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), derivada da I Conferência Mundial sobre a Mulher, no México. Com o objetivo de igualar formal e materialmente os gêneros e auxiliar na não discriminação das mulheres, foi o primeiro instrumento internacional criado para a efetiva proteção dos direitos dessas, tendo como metas a erradicação da discriminação, preservando seus direitos políticos, civis, econômicos e socioculturais (LUGO, 2014, p. 145-170).

Segundo Piovesan (2004, p. 194), “Em julho de 2001, essa Convenção contava com 168 Estados-partes”. Todavia, “[...] a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher enfrenta o paradoxo de ser o instrumento que recebeu o maior

número de reservas formuladas pelos Estados, dentre os tratados internacionais de direitos humanos” (PIOVESAN, 2004, p. 195).

Em 1993, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, deu-se início à elaboração da Declaração sobre Eliminação da Violência contra a Mulher. Mas somente após dois anos foi criada a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), na tentativa de sensibilizar os Estados-membros dessa Organização para a violência contra a mulher (LUGO, 2014, p. 145-170).

Para prevenir e reprimir essa violência e por motivo da condenação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi editada a Lei nº 11.340/2006, a Lei de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher (conhecida por Lei Maria da Penha), partindo do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (a Convenção de Belém do Pará). Tal lei, apesar de restringir os âmbitos de proteção ao doméstico e familiar, ao fazê-lo, abarcou algumas das situações de violências mais profundas e constantes às mulheres.

Mas essa lei, apesar de vigente há bastante tempo é, ainda hoje, de constitucionalidade e eficácia duvidosas, como mostram os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que ditam que a legislação não tem aplicabilidade espaço-temporal de igual forma em todo o país, ressaltando que “[...] é razoável imaginar que o efeito da LMP não tenha se dado de forma homogênea, não apenas do ponto de vista espacial, mas também temporal” (IPEA, 2015, p. 34).

Não se quer, com isso, desmerecer a importância da legislação protetora. Pelo contrário, quer-se dizer que ela é insuficiente para os fins para os quais deveria prestar, já que não desestimula o desrespeito aos direitos humanos das mulheres, mas apenas mascara a violência a elas, a partir do momento em que cria soluções apenas imediatas (e, assim, insuficientes) para o problema, que desvaloriza as formas de violência visualmente invisíveis e mantém as situações de violência contra as mulheres como afetas ao âmbito privado.

É importante entender que a necessidade de respeito aos direitos das mulheres obriga o rompimento dessas barreiras do âmbito privado para forçar o Estado a interferir em favor da parte mais vulnerável da situação (TANGERINO, 2007, p. 149-170).

É preciso que as relações afetas às mulheres sejam redefinidas, de fato, da condição de “privadas” para “públicas”, de modo que “[...] a violência doméstica deixe de ser

considerada parte da vida privada dos sujeitos (e, portanto, uma área na qual o Estado não deve interferir) e seja vista como um problema grave de violação dos direitos humanos” (AÑAZCO, 2014, p. 171-201).

Por oportuno, registre-se que o feminismo foi de extrema importância para o (tentamento de) rompimento paradigmático desse ciclo, inclusive em sede de sistema penal:

Fundamental, portanto, invocar a importância do feminismo como outro sujeito coletivo monumental que, fazendo a mediação entre a história de um saber masculino onipresente e a história de um sujeito ausente – o feminino e sua dor – e ressignificando a relação entre ambas, aparece como fonte de um novo poder e de um novo saber de gênero, cujo impacto (científico e político) foi profundo no campo da Criminologia, com seu universo até então completamente prisioneiro do androcentrismo [...]. (ANDRADE, 2005, p. 73-74).

Mas o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, em todos os campos, ainda é muito incipiente:

[...] para as mulheres, a igualdade foi mais uma promessa do que uma realidade. Primeiro porque, apesar da linguagem universalizante dos textos normativos sobre os direitos humanos, as mulheres foram excluídas da titularidade de um grupo considerável desses direitos até meados do século XX [...]; e, em segundo lugar, porque a eficácia dos direitos humanos das mulheres foi e continua a ser eminentemente precária. (AÑAZCO, 2014, p. 171-201).

Por esse motivo, é de grande importância a discussão de gênero (também) dentro do sistema penal, já que traz à tona o sexismo e a fração social, que não são compatíveis com os princípios constitucionais da dignidade e da isonomia (SILVA, 2011, p. 11-27).

No que tange à Constituição Federal, quando se fala em igualdade entre homens e mulheres, diz-se que ela está consubstanciada em seu art. 5º, *caput*, bem como em todas as normas constitucionais que proíbem discriminação de sexo, como os artigos 5º, inciso I, 3º, inciso IV, e 7º, inciso XXX, do mesmo regramento.

Mas, apesar das inúmeras recomendações de organismos e regramentos internacionais, e também da Constituição Federal, no sentido de serem elaboradas medidas de combate à desigualdade e à discriminação das mulheres, a partir da proteção dos seus direitos, essas situações continuam permeando a sociedade.

E o mesmo acontece com outros tantos grupos vulnerabilizados, como negros, indígenas, crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, populações tradicionais, entre outros. E várias das situações de discriminação a esses grupos, assim como das mulheres, tiveram seu nascedouro no ambiente familiar:

A família pressupôs, por muito tempo, a correção do marido sobre a mulher, o criado, o discípulo, filhos e escravos, e, por mais tempo, a obediência civil da mulher ao marido. Este caráter é reatualizado no modo como, hoje, as agressões domésticas são tratadas segundo eventos únicos, associados às “vias de fato” e lesões levíssimas, de acordo com sua in/significância e i/materialidade. (MACHADO, 2014, p. 131-144).

Na realidade, os direitos desses grupos são diariamente violados e tais situações são tratadas com “naturalidade”, uma vez que as suas posições sociais são pré-fixadas em grau diminuído, como se eles pertencessem inalteravelmente a nessas condições. E isso faz com que eles mereçam gozar da mesma proteção, já que passam pela mesma vulnerabilização e, por consequência, invisibilização.

No que concerne às mulheres, Vera de Andrade (2012) reconhece que o sistema penal não é eficaz para o amparo delas contra as violências porque não previne novas violências, além de não se preocupar com os diferentes interesses das vítimas, não contribuir para a compreensão da violência sexual e da gestão do conflito e nem para transformar as situações estabelecidas pelas relações de gênero, criticando as incapacidades protetora, preventiva e resolutória do sistema penal.

Para ela (ANDRADE, 2012), o sistema penal só duplica a vitimização feminina, já que as mulheres se tornam vítimas da violência institucional plurifacetada, responsável por expressar e reproduzir duas grandes formas de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classes) e a violência das relações sociais sexistas (desigualdade de gênero).

O sistema penal opera mediante uma “eficácia instrumental invertida”, cumprindo funções inversas às afirmadas por seu discurso oficial. Assim, de fato, ele não vai se preocupar em combater a criminalidade, resguardar os bens jurídicos mais relevantes e garantir segurança jurídica. Pelo contrário, vai construí-lo de modo seletivo e estigmatizante, reproduzindo as diferenças sociais, inclusive a de gênero. Assim, o sexismo vai ser uma das matrizes do sistema penal e o simbolismo de gênero vai se relegitimar (ANDRADE, 2012).

Desse modo, a falta de respeito aos direitos-centro do ordenamento demonstra as deficiências do raciocínio desenvolvido, sendo necessário refletir sobre a necessidade de reconstrução do sistema jurídico, em especial o sistema penal, de modo a assegurar o respeito aos direitos humanos dos grupos vulnerabilizados, especialmente os das mulheres, a partir do diálogo entre os vários ramos e suas fontes, o que vai garantir a efetiva aplicação da ideia de direito na construção social.

#### **4. DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: A RECONSTRUÇÃO DELES FRENTE O SISTEMA PENAL, A PARTIR DO DIÁLOGO DAS FONTES**

A sustentação do diálogo das fontes para a proteção dos diversos grupos vulnerabilizados não se dá em razão de fundamentos históricos iguais. Na verdade, cada grupo vulnerabilizado, assim como cada parte desse grupo, pode ter suas razões históricas de vulnerabilização. Mas, apesar dessas poderem ser desiguais, é a razão da própria vulnerabilização que vai sustentar a correlação entre umas fontes e outras.

Para que o diálogo entre as fontes dos vários ramos do direito ocorra e resulte produtivo à salvaguarda dos direitos, torna-se indispensável assegurar o respeito ao núcleo que fundamenta a relevância especial de determinados bens jurídicos, permitindo a realização de uma interpretação que adira à lógica racional do sistema jurídico: os direitos humanos.

E muitas vezes, para que isso se torne possível, deve-se fugir da limitação ao texto da legislação, expandindo-se seu conteúdo para atingir situações não abrangidas por ele, em razão do elo que liga os diversos grupos vulnerabilizados – a vulnerabilização equitativa deles –, que gera a igual invisibilização deles pelo sistema penal. A partir daí, deve-se aplicar a fonte que melhor couber à situação, por assegurar o efetivo respeito aos direitos humanos.

Tais ideias são afluentes dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade e vão sustentar a existência do diálogo das fontes, que se funda na proteção horizontal de uns direitos partindo de outros. Então, é essa multiplicidade de direitos e de justificativas que vai assegurar o real desenvolvimento do mundo jurídico, pela ideia da racionalidade voltada ao futuro – a verdadeira proteção social.

Se assim não for, apenas será reproduzido o modelo social ainda vigente, vez que, como os demais grupos vulnerabilizados, as mulheres, para Castro (2010), estão à margem das demandas sociais de emprego, educação especializada, capacidade de produzir etc.

Para Cláudia Lima Marques (2012), a utilização do diálogo das fontes deve privilegiar a proteção dos direitos do mais vulnerável – no caso deste trabalho, os direitos das mulheres –, partindo de uma releitura desses direitos sob a égide protecionista.

A interseção entre as fontes afetas a cada um dos ramos para o reconhecimento dos direitos de uns grupos pelo que fora juridicamente estabelecido para outros é feita por meio de um processo de interpretação integracionista do ordenamento jurídico. Essa ideia se alia à de Marques (2012), que reconhece a necessidade de um cruzamento entre os direitos dos

diversos grupos vulneráveis, de modo que um baseie sua proteção no outro, fazendo com que, a partir do diálogo entre eles, um ajude no amparo dos demais.

Então, é preciso que seja feita a conjugação dos diversos grupos vulnerabilizados, privilegiando o empoderamento deles e pensando na proteção dos outros a partir do mais protegido. A partir do diálogo das fontes, então, assegura-se empoderamento aos grupos, que segue na contramão da individualização e do enfraquecimento deles, o que só serve para manter os grupos invisibilizados. Assim, os direitos precisam se fundamentar uns nos outros. E, se os grupos socialmente invisibilizados forem tratados de forma verdadeiramente igual, a proteção dada a um será estendida aos demais.

Por oportuno, registre-se que o rol de grupos vulnerabilizados não é (nem poderia ser) taxativo, já que, se assim fosse, retiraria de uma grande quantidade de pessoas essa condição, prejudicando-as, por não poderem ter seus direitos protegidos equitativamente às outras (SILVA, 2014, p. 145-162). E, de modo contrário, todas essas sujeitas e sujeitos necessitam dessa proteção pelo mundo do direito, inclusive pela lei e pelo sistema penal.

A título de legislação brasileira, além da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que é a “responsável” por fazer a proteção das mulheres, tem-se o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), a lei que define crimes resultantes de preconceito de raça ou cor (Lei nº 9.459/1997), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), a que assegura proteção aos povos quilombolas (Decreto nº 4.887/2003) e às populações tradicionais (Decreto nº 6.040/2007), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), entre tantas outras que servem para reconhecimento de direitos aos grupos vulnerabilizados, estejam eles relacionados ou não ao sistema penal.

Mas cada uma dessas legislações, assim como os direitos que partem delas e dos demais instrumentos internacionais de proteção, são vistas de forma individualizada, o que enfraquece sua existência e mantém não reconhecidos os direitos dos grupos. Com isso, apenas se retroalimenta o sistema de vulnerabilização.

Nessa esteira, a simples existência das legislações ou de instituições de proteção dos grupos vulnerabilizados não é suficiente, por si só, para a salvaguarda dos seus interesses. Pensar assim representaria uma inversão à ordem correta: “[...] tal inversão consiste em apresentar o produto como se fosse o próprio fundamento, de tal forma que as normas ou direitos já reconhecidos institucionalmente passem a constituir, em si, os direitos humanos” (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JÚNIOR, 2016, p. 25).

Assim, não são as leis ou as instituições “os próprios direitos humanos”. É necessário que eles emergjam delas, a partir dos processos de lutas sociais, assumindo uma forma concreta de existência. Se assim não for, não haverá rompimento das vulnerabilizações e invisibilizações – no caso das mulheres, fruto do sexismo, já que, como ressalta Lola de Castro (2010), são os homens que fazem as leis para as mulheres. Nessa esteira,

Esse processo de segregação e preconceito, traduzidas em leis penais impregnadas de valores profundamente machistas, representa o oposto da aspiração dos direitos humanos, que visam contemplar, sem exceção, todas as pessoas. A própria origem dos direitos humanos custou muito sangue, muita luta social. Há, portanto, manifesta incompatibilidade. A dignidade representa a essência da condição humana. (SILVA, 2011, p. 11-27).

É por isso que os direitos e princípios constitucionais vão circundar e sustentar a necessidade de conjugação entre os interesses dos diversos ramos e sujeitas e sujeitos de direitos, a partir de valores coletivos, que se sobreponham aos individuais. Assim, as justificativas propostas pelo mundo do direito devem servir não à exclusão de direitos ou ramos, mas à construção e proteção de uns e outros.

Tal asseguaração dos direitos e garantias dos vulnerabilizados, sustentada por uma igualdade substancial entre eles, objetiva a composição de uma sociedade livre, justa e solidária. E a proteção dos direitos dos grupos vulnerabilizados, como as mulheres, coaduna com esse objetivo, tornando-se indispensável, primeiro, o reconhecimento estatal das vulnerabilizações equitativas dos grupos para garantir, depois, a efetiva asseguaração de seus direitos.

Para isso, a legislação e as demais fontes construídas, assim como as atividades a serem desenvolvidas, precisam tomar por fundamento um núcleo comum, que envolve os direitos humanos e os reconhece como essenciais para o ordenamento jurídico.

Isso se permite a partir do momento em que o Estado constrói suas ações de proteção aos direitos partindo do diálogo entre as diversas fontes que permeiam o mundo do direito, e que impõem um respeito indissolúvel aos direitos humanos como um eixo central. E o processo de interpretação é essencial para que isso se torne uma realidade, vez que, é a partir dele que são fixados o sentido e o alcance das regras jurídicas, que podem exigir uma maior ou menor extensão do conteúdo jurídico de cada regra.

No caso dos direitos humanos, essa extensão se alonga até que eles sejam absolutamente respeitados, permitindo-se, inclusive, a ultrapassagem dos limites legislativos,

costumeiros e jurisprudenciais (entre outros), de modo a se admitir que fontes de diferentes ramos dialoguem entre si para que os direitos sejam efetivamente protegidos.

Antônio Benjamin (2012, p. 5-7) reconhece no diálogo entre as fontes um método de interpretação, integração e aplicação das normas, a partir da superação dos desafios trazidos pela necessidade de coerência e efetividade, dada a sistematização do direito e a existência de tantas fontes ligadas – todas – à Constituição e aos seus valores e direitos fundamentais.

Esses valores são os que devem estar no centro do direito. Eles precisam conduzir qualquer interpretação tida como jurídica, assegurando o respeito à essência do direito quando da solução das controvérsias jurídicas, visando alcançar sua *ratio*, sob a coordenação da Constituição Federal, com seus valores e os direitos humanos que os guiam (MARQUES, 2012).

Para Campos (2013), dessa maneira, assegura-se a possibilidade de extensão de uma fonte para a proteção de outros vulnerabilizados não protegidos por ela, a partir do diálogo entre essas fontes e as situações jurídicas. E as ideias de direitos humanos e de dignidade são as que sustentam esse diálogo, objetivando a proteção dos indivíduos e grupos vulnerabilizados.

É preciso, então, um efetivo fomento ao respeito aos direitos humanos dos grupos vulnerabilizados (em especial, no caso deste trabalho, os direitos humanos das mulheres), o que se pode fazer com socialização do diálogo sobre a razão de proteção deles, que é uma só – a vulnerabilização social –, de modo que o reconhecimento do direito de um grupo implica, necessariamente, no reconhecimento dos direitos também dos outros.

Assim, é porque eles são igualmente vulnerabilizados e desprotegidos que se torna necessária a utilização, para esses grupos, de fundamentos protetivos que se comuniquem. Não basta que cada grupo fundamente individualmente a existência dos seus direitos. É preciso mais: que uns se fundamentem nos outros, para que haja uma efetiva proteção horizontal entre eles. E a horizontalidade dessa proteção se dá pela ausência de hierarquia entre os grupos, já que todos eles têm alicerces e precisam de proteção hierarquicamente iguais.

Nesse sentido, é preciso que se reflita, dentro do sistema penal – assim como em todo o sistema jurídico – sobre esse diálogo necessário entre as diversas fontes que o compõe, para que se possa repensar na criação dos tipos penais que criminalizem condutas das pessoas que integram esses grupos ou que são voltados às suas proteções, bem como ao cumprimento de eventuais penas por esses, de modo adequado às suas necessidades, respeitando seus direitos

humanos. Entendemos que só assim os direitos dos grupos vulnerabilizados serão efetivamente respeitados e se conseguira atingir a unidade e a completude previstas por Bobbio (1999).

É preciso assegurar a construção de uma legislação integrada e ascendente, de modo que, ao se proteger, pela legislação, um grupo vulnerabilizado, todos os demais também o sejam. Assim, o tipo penal criado para proteger um grupo vulnerabilizado precisa prever não apenas a proteção dele, mas de todos os que se encontrem em igual situação.

Ainda, medidas processuais precisam ser tomadas no sentido de reunir instrumentos de verdadeira proteção direta desses diversos grupos, especialmente das mulheres, a partir de mecanismos que, dentro do processo, agilizem a salvaguarda de seus direitos, diminuindo de fato as chances de violação a eles e dando rapidez e efetividade na solução das situações.

É preciso, então, ultrapassar a lógica da seletividade, um desafio estrutural, institucional e intersubjetivo da estrutura sexista do sistema penal, através de macro e microtransformações (ANDRADE, 2012).

E isso se torna possível a partir do diálogo das fontes, já que elas se completam (não se excluem), de forma a permitir a interligação dos diversos ramos do direito, para que sejam dadas soluções equitativas para as situações de violações aos direitos dos grupos vulnerabilizados. Assim, deve-se utilizar da fonte que melhor couber à situação, servindo (esse diálogo) como alternativa interpretativa, para, como destaca Silva (2014), assegurar legitimidade ao direito a partir de novas modalidades interpretativas.

É o que o diálogo das fontes permite: a aplicação simultânea das fontes existentes, já que elas convergem entre si:

A operação de escolha normativa não implica em exclusão da fonte que não foi selecionada, pelo contrário, a fonte permanece no ordenamento podendo ser utilizada em caso que seja conveniente.

A lógica que se opera não pode ser excluyente [...] Uma sociedade plural necessita um direito que atenda suas necessidades. O legislador clarifica e assenta a ideia de igualdade material como valor fundante e norteador das interpretações. Perceba-se que por opção do interprete a *dignidade da pessoa humana* se apresenta como resposta jurisdicional em inúmeras sentenças [...]. (itálicos da autora) (SILVA, 2014, p. 145-162).

Assim, é necessário que sejam reconstruídos os direitos das mulheres e dos demais grupos vulnerabilizados frente o sistema penal pela superação das limitações legislativas, a partir da adoção da perspectiva do diálogo das fontes, de modo que seja possível a aplicação de fontes diferentes a um mesmo caso, fundadas na proteção dos direitos humanos, a partir da consideração da vulnerabilização como ponto de convergência entre diversos grupos. Dessa

maneira, dialogando as fontes entre si, mais justo se tornará o sistema penal, que considerará os indivíduos iguais/diferentes na medida de suas vulnerabilizações, oferecendo a mesma proteção àqueles cujas vulnerabilizações seguem os mesmos fundamentos.

## 5. CONCLUSÃO

O trabalho realizado conduziu à ideia de que o diálogo das fontes trouxe uma mudança paradigmática para o mundo do direito, podendo trazê-la também para o sistema penal, no que tange ao reconhecimento dos direitos humanos das mulheres e aos demais grupos vulnerabilizados. Isso porque a existência dos grupos vulnerabilizados segue um eixo comum, que recobre e caracteriza todos eles – a vulnerabilização imposta socialmente, que gera a invisibilização desses grupos –, o que exige uma visão coletivizada desses direitos, na medida em que se permite sustentar uns nos outros, em razão dessa característica comum.

Esses direitos, dos quais o Estado é garante, então, não podem ser vistos como separados. Pelo contrário, torna-se necessária a criação de instrumentos, dentro do sistema penal, que efetivamente busquem reconstruir os direitos que foram (e ainda são) histórica e socialmente esquecidos, como os direitos humanos das mulheres.

Ainda, é preciso que se utilize de uma interpretação de modo a estender os efeitos das fontes existentes e destinadas a um grupo a todos os demais com os quais aquele se relacione pela vulnerabilização, para que se consiga atingir a real completude e unidade do ordenamento jurídico. E é só a partir dessas interseções entre as fontes dos vários ramos do direito que se torna possível pensar numa preservação efetiva dos direitos humanos, em especial dos direitos humanos das mulheres.

## REFERÊNCIAS

AÑAZCO, Yanira Zúñiga. A construção da igualdade de gênero no campo regional americano. In: BELTRÃO, Jane Felipe *et al.* **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis**. Manual. Rede Direitos Humanos e Educação Superior, p. 171-201, 2014. Disponível em: <<https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, n. 50, julho, p. 71-102, 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Vol. 2. 2. ed. Tradução Sergio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BENJAMIN, Antônio Herman. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 5-7.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico** (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina** (tradução de Maria Helena Kühner). 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAMPOS, Gabriel Junqueira. Diálogo das fontes: um método de resolução das antinomias. **Jornal Eletrônico das Faculdades Integradas Vianna Junior**. Ano V. Edição I, p. 79-93, 2013.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Ed. Cultrix, 2006.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminología de los derechos humanos**: criminología axiológica como política criminal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 203-215.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13-81.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. Constitucionalismo: mudanças de paradigma e alguns reflexos sobre os direitos fundamentais. In: GUERRA, Sidney (Coord.). **Temas emergentes de direitos humanos** (Coleção José do Patrocínio – vol. V). Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 51-90.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 13-50.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 68-86.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. Tradução de Júlio Assis Simões. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/viewFile/50109/54229>>. Acesso em: 2 set. 2017.

IPEA. **Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha**. Texto para discussão. Brasília: 2015.

LUGO, Yolanda Gómez. Sistema internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres. In: BELTRÃO, Jane Felipe *et al.* **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis**. Manual. Rede Direitos Humanos e Educação Superior, p. 145-170, 2014. Disponível em: <<https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

MACHADO, Lia Zanotta. Gênero e Direitos humanos: revolução de ideias e políticas públicas - Contexto geral. In: BELTRÃO, Jane Felipe *et al.* **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis**. Manual. Rede Direitos Humanos e Educação Superior, p. 131-144, 2014. Disponível em: <<https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

MACHADO, Lia Zanotta. **Perspectivas em confronto**: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? 248. Brasília: [s.n], 2000. (Série Antropologia). Disponível em: <[http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/MACHADO\\_GeneroPatriarcado2000.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/MACHADO_GeneroPatriarcado2000.pdf)>. Acesso em: 5 mai. 2017.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAZ, Joseph. **Razón práctica y normas** (traducción de Juan Ruiz Manero). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 173-207.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 194-202.

SAID, Edward W. An Ideology of Difference. **Critical Inquiry** 12, Chicago, [s.n], p. 38-58, 1985.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11-31, junho, 1997.

SILVA, Laura Rodrigues Louzada da. Diálogo das Fontes na Resolução de Conflitos Judiciais Sobre Planos de Saúde. In: MARTINS, Fernando Rodrigues (org.). **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, p. 145-162.

SILVA, Lillian Ponchio e. Sistema penal: campo eficaz para proteção das mulheres? In: BORGES, Paulo César Corrêa. **Sistema Penal e Gênero: Tópicos para a Emancipação Feminina**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011, p. 11-27.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Considerações Criminológicas quanto ao Tratamento Público da Violência contra a Mulher: do Paradigma da Pena ao Paradigma da Visibilidade. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 149-170.