

FACULDADE CATÓLICA DOM ORIONE

NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

CURSO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

ANDRESSA SILVA DA CONCEIÇÃO

PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNEROS E O DIREITO PENAL

ARAGUAÍNA

2016

ANDRESSA SILVA DA CONCEIÇÃO

PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNEROS E O DIREITO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Católica Dom Orione como requisito parcial à obtenção de Título especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Prof.º Esp. Jorge Palma de Almeida Fernandes.

ARAGUAÍNA

2016

ANDRESSA SILVA DA CONCEIÇÃO

PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNEROS E O DIREITO PENAL

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Especialista em Direito Penal e Processual do curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade Católica Dom Orione e aprovado em sua forma final: _____ de _____ de 2016.

Profº Msc. Daniel Cervantes Ângulo Vilarinho
Coordenador de Curso de Pós-Graduação

Apresentada à Banca Examinadora composta pelos professores:

Profº. Esp. Jorge Palma de Almeida Fernandes
Orientador

Profº. (Titularidade) Nome
Examinador

Profº. (Titularidade) Nome
Examinador

PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNEROS E O DIREITO PENAL

PRINCIPLE OF EQUALITY AND THE CRIMINAL LAW

Andressa Silva da Conceição

Jorge Palma de Almeida Fernandes(Or.)

RESUMO

Este artigo apresenta um breve estudo relacionado ao princípio da igualdade de gênero no Direito Penal, analisando a igualdade entre homens e mulheres independentemente de sua crença, origem, raça, cor, etc. O princípio da igualdade entre os gêneros, trata da igualdade entre homens e mulheres inerentes à condição de cada sexo. Diante disso, faz-se necessária a compreensão de como estas diferenças foram sendo percebidas como qualidades que deveriam ser valorizadas para que, a partir delas, o princípio da igualdade pudesse ser aplicado em toda a sua totalidade. Este estudo tem a finalidade de avaliar o princípio da igualdade de gêneros sob a abordagem do Direito Penal, a fim de ressaltar entre outros quesitos, como foi a evolução do conceito deste princípio, levando em consideração o ordenamento jurídico brasileiro vigente e suas particularidades até os dias atuais. Como metodologia de trabalho foi adotado o método indutivo, utilizando revisão bibliográfica, com pesquisas em sites, livros, artigos científicos dentre outras fontes de pesquisa.

Palavras-Chave: Direito Penal. Princípio da igualdade. Constituição Federal.

ABSTRACT

Present in this research, brief study related to the principle of equality in concomitance with criminal law, where this is also advocated by the Federal Constitution, which guarantees equality between men and women regardless of their religion, origin, race, color, etc. It should be noted the importance of understanding how such differences were being understood as particularities that should be

considered in order that from them, the principle of equality could be employed in all its magnitude. This study aims to assess the principle of equality in the criminal law approach, in order to note among other questions, as was the evolution of the concept of this principle, taking into account the Brazilian legal system in force and their particularities to the present day. As a working methodology to address the inductive method, using literature review, with polls on websites, books, legal planning, scientific articles and other sources.

Keywords: Criminal Law. Principle of equality. The Federal Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade é há muito tempo, umas das temáticas de maior relevância no que tange sua complexidade, onde os aspectos político, filosófico, econômico, social e jurídico estão inseridos dentro desta complexidade por serem inerentes a esta temática.

A problemática da igualdade entre seres humanos não é recente, porém tornou-se referência em virtude da reflexão acerca dos demais direitos comuns. A igualdade é um anseio por muitos indivíduos, pelo pleno exercício da cidadania.

As sociedades de modo geral, dependem de seu formato e aparelhamento; entretanto a igualdade é componente de ideologia, verificação e discussão.

No âmbito de estudo da Ciência do Direito o princípio da igualdade, considerando os períodos mais remotos até a contemporaneidade, tem sido causa de discussões e investigações tendo em vista a sua consolidação real.

No meio jurídico, vê-se que o princípio da igualdade evoluiu historicamente, de onde se expandiu sob a ótica de três visões peculiares, a saber: o princípio da igualdade perante a lei, tendo concepção puramente protocolar; o princípio da igualdade perante a lei, entretanto, sob uma ótica material, e o princípio da igualdade enquanto concepção real propondo a aquisição da equidade de chances como efetivação do conceito de justiça social.

O princípio da igualdade, objeto de estudo deste trabalho, trata da igualdade entre homens e mulheres levando em consideração as diferenças inerentes à condição de cada sexo. Diante dessa peculiaridade, é importante compreender de

que forma estas diferenças foram sendo entendidas como características que deveriam ser analisadas a fim de que, a partir delas, o princípio da igualdade pudesse ser utilizado em toda sua amplitude.

Desta maneira, a concepção de princípio da igualdade atualmente deve passar pela compreensão do conceito de gênero, uma vez que está diretamente ligado a movimentos contemporâneos.

Nesta tangente, o Direito Penal contraiu papéis emblemáticos a partir da crise de suas funções instrumentais, essas percebidas como o proveito e a necessidade do princípio punitivo e da sanção penal para a dissolução de conflitos envolvendo agravos a propriedades jurídicas.

O Direito Penal cuida de fatos humanos que se classificam como delitos, dos responsáveis por esses e, ainda na especial forma de consequências jurídicas que lhes estão reservadas, ou seja, a pena criminal e a medida de segurança. É a ciência destinada a proteger os valores fundamentais da sociedade. Desta forma, o Direito não pretende apenas julgar a conduta humana, mas pretende também determiná-la em harmonia com os seus preceitos e impedir toda a conduta contrária a eles.

Nesta tangente, este estudo tem o objetivo de analisar o princípio da igualdade de gênero sob a abordagem do Direito Penal, a fim de observar entre outros quesitos, como foi a evolução do conceito deste princípio, levando em consideração o ordenamento jurídico brasileiro vigente e suas peculiaridades até os dias atuais. Como metodologia de trabalho abordar-se-á o método indutivo, utilizando revisão bibliográfica, com pesquisas em sites, livros, ordenamento jurídico, artigos científicos dentre outras fontes de pesquisa.

2 ABORDAGEM GERAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, foi inicialmente discutido no campo do Direito natural e depois veio a ser inserido no campo dos preceitos do Direito Positivo, neste momento, como ferramenta de legitimidade da sociedade e das relações entre seus componentes (NOBIO 1999).

A problemática da igualdade entre os seres humanos não é nova, mas tornou-se paradigma do século XX em decorrência da reflexão sobre direitos de toda a humanidade, em busca do exercício pleno da cidadania.

Não obstante, a importância acerca da filosofia na visão do princípio da igualdade, deriva dos exemplos originados pelos filósofos antigos, tais como Aristóteles, Sócrates, Platão, advindo, além disso, do apoio produzido pelo Cristianismo para sua constituição. Assim, a igualdade e a fraternidade que o cristianismo apregoou, buscavam os mesmos direitos para a sociedade em geral.

Para o filósofo Aristóteles, em seu entendimento de Estado, determinava-se que, em nome da justiça, todos deveriam ser tratados com igualdade e, que os sujeitos não se molestassem reciprocamente em seus direitos. Dizia Aristóteles que, “se as pessoas não são iguais não receberão coisas iguais”.

Aristóteles comenta ainda que:

Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem parte desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas ‘de acordo com cada um’, pois todos concordam que o que é justo à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito: os democratas o identificaram com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência (ARISTÓTELES 2003, p.109).

Assim, vê-se que Aristóteles defende a ideia de igualdade ao lado da justiça. Esta é analisada de acordo com sua pluralidade de sentidos e quanto a sua duplicidade de entendimentos, neste sentido, aqui estudada, voltada aos preceitos de justiça e injustiça.

3 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO

O princípio da igualdade vincula-se ao quadro dos direitos humanos, e, conseqüentemente, progrediu concomitantemente a eles.

É importante frisar que o princípio da igualdade é de grande valia na área social e jurídica. Deste modo, é necessário observar que a contemporaneidade discute estudos e mudanças reais na cultura da sociedade, contrapondo a ideia de

que na atualidade, o direito de igualdade não tem requerido tamanhas aspirações quanto a liberdade individual, por exemplo.

A noção jurídica da igualdade perante a lei surgiu com o advento da Revolução Francesa, movimento que inaugurou a igualdade civil como direito. Nesse contexto, entretanto, bastava à burguesia ascendente a estática e formal igualdade perante a lei, que funcionava como a grande definidora dos limites e dos contornos da igualdade entre os homens. Fixada então essa pessoa jurídica [...] a igualdade social não se realizou na prática (BORGES 2007, p. 60).

A partir daí, o homem é analisado em sua igualdade fundamental visto como indivíduo provido de livre-arbítrio e razão própria, ratificando-se a essência de direitos comuns intrínsecos ao ser humano.

Destaca-se que a concepção de que todos têm direito de serem respeitados em sua particularidade, principalmente no que tange a igualdade universal, abrangendo todos os seres humanos, originou-se ao lado da lei escrita, concebido – o direito – como regra comum e invariável, ao mesmo tempo, admissível a todos os sujeitos que habitam numa coletividade constituída.

Coing (2002) afirma que:

De maneira que a Justiça, em Aristóteles, vincula-se à igualdade, à proporcionalidade e à equivalência. Na coletividade, a Justiça se mostra na igualdade; ninguém tem, sem causa, mais do que lhe é devido (COING 2002, p. 37).

Desta forma, é possível perceber que de certa forma a igualdade é fundamental para que os outros princípios também possam se efetivar na prática.

Borges (2007) aponta algumas regras da equidade:

- a) por igual modo devem ser tratadas as coisas iguais e desigualmente as desiguais;
- b) todos os elementos que concorreram para constituir a relação *sub judice*, coisa, ou pessoa, ou que, no tocante a essas tenham importância, ou sobre elas exerçam influência, devem ser devidamente consideradas;
- c) entre várias soluções possíveis deve-se preferir a mais suave e humana, por ser a que melhor atende ao sentido de piedade, e de benevolência da Justiça (BORGES 2007, p. 140).

Assim, estes três preceitos exprimem os princípios de igualdade para a sociedade romana nas relações legais concretas e em decorrência disso, traduzem-

se na norma, segundo a qual deve o Direito ser praticado de maneira sensível e brando.

A inquietação com as disparidades não é um assunto atual, uma vez que, na antiguidade, o Cristianismo, prontamente disseminava a doutrina da igualdade entre as nações e Constituições dos países do mundo ocidental.

Tamagno (1989) afirma que:

[...] As Constituições dos Estados modernos têm consagrado o princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres e países importantes como França, Alemanha, Itália e Espanha têm demonstrado um esforço enorme em alcançar nas legislações ordinárias as determinações constitucionais do princípio da isonomia, equiparando cada vez mais os cônjuges nas suas relações, o que serve de exemplo ao nosso (TAMAGNO 1989, p. 117).

Nesta tangente, as Constituições Brasileiras contemplaram as mulheres com o princípio da igualdade perante a lei. Aludia expressamente a igualdade como sendo sem distinção de sexo, raça, trabalho, crença ou simpatias partidárias políticas.

Os valores da liberdade e da igualdade, estão intimamente associados ao pensamento político e na história, por afirmarem o ser humano como pessoa. Bobbio (1996), aponta que:

Liberdade indica um estado; igualdade uma relação. O homem como pessoa – ou para ser considerado como uma pessoa – deve ser, enquanto indivíduo na sua singularidade, livre; enquanto ser social deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade (BOBBIO 1996, p. 7).

Desta maneira, liberdade, igualdade e justiça são valores ligados de forma indissolúvel, não podendo negar a um ou a outrem a igualdade na lei, pois assim estaria negando parte da liberdade dos sujeitos, atingindo diretamente sua dignidade, impedindo-se desta forma, a realização plena da justiça.

4 IGUALDADE FORMAL VERSUS IGUALDADE MATERIAL

O artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, Capítulo I – Dos Direitos Individuais e Coletivos, preconiza que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...], assim sendo, a Constituição considerou de forma

expressa e clara que homens e mulheres são iguais perante a lei, não podendo ter tratamentos diferenciados.

Tal artigo proclama a igualdade formal, onde é admissível a todos os indivíduos amplamente, sendo pertencente ao que se cognominou de primeira geração. Em relação a homens e mulheres, é importante ressaltar que a concretização do princípio da igualdade simplesmente só será possível com a ampliação dos direitos de segunda geração, ou seja, os direitos à igualdade material, já que o estado não é mais somente um assegurador de direitos, mas de certa forma, um devedor de direitos.

Bastos e Martins (1989) afirmam que:

A igualdade e a desigualdade não residem intrinsecamente nas coisas, situações e pessoas, porquanto, em última análise, todos os entes diferenciam-se entre si por mínimo que seja. O que acontece é que certas diferenças são tidas por irrelevantes segundo o critério que se tome como *discrímen*.

[...] O que não pode admitir, e este parece ser o sentido fundamental do dispositivo constitucional, é que sob o manto das desigualdades biológicas, fisiológicas, psicológicas e outras possa encobrir-se uma verdadeira diferenciação de dignidade jurídica, moral e social entre ambos os sexos (BASTOS; MARTINS 1989, p.7).

Desta maneira, o princípio da igualdade não é incorporado isoladamente quando a questão diz respeito a homens e mulheres. Os princípios da igualdade e dignidade humana também incluem as diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais.

Sobre a igualdade formal, Campos (1997) aponta que:

A prescrição do princípio da igualdade formal prescinde do fato de que hajam diferenças pessoais. A igualdade substancial, ao contrário, consiste em que as pessoas devem ser consideradas iguais tanto quanto possível, justamente porque não se pode prescindir do fato de que são, econômica e socialmente, desiguais. No primeiro caso têm-se as diferenças. No segundo, as desigualdades. As diferenças devem ser reconhecidas para serem respeitadas e garantidas e as desigualdades devem ser reconhecidas para serem removidas ou compensadas (CAMPOS 1997, p.78).

Assim, a Constituição Federal Brasileira determina que a igualdade formal, prevista no Título I – Dos Princípios Fundamentais – artigo 3º, inciso IV; no Título II – Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5º, I, e no Título III, Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, artigo 266, §5º, e a material,

apontada no Título I, artigo 3º; Título VII, artigos 170, inciso VII, e 5º, *caput*, inciso XLI e XLII, de maneira que as duas estão preconizadas no mesmo nível hierárquico, devendo ser implantadas e obedecidas.

A igualdade formal não elimina a igualdade material, posto que ambas podem ser definidas como igualdade nos direitos fundamentais e não há, deste modo, subversão entre elas. Falcão (1999) assegura que:

O princípio da igualdade enquanto gênero compreende duas espécies: a igualdade formal e a igualdade material. Para realizá-lo é necessário conciliar ambas as partes.

[...] o princípio constitucional da igualdade formal é um princípio relativo, compatível com determinadas diferenciações exigidas para tornar materialmente iguais cidadãos desiguais (FALCÃO 1999, p.4).

Portanto, a relatividade da igualdade formal prevista constitucionalmente, isto é, da igualdade perante a lei, em muitos casos já foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas declarações. Nesta tangente, o formalismo igualitário encontra suas fronteiras e fundamentos na própria Carta Política, visto que, os indivíduos não são diferentes apenas sob a condição biológica, mas também em relação à conjuntura socioeconômica, composição familiar, etnia (sob o ângulo material) e não apenas de forma a considerar meramente os direitos.

5 FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

O Direito Penal nasceu com a primária grande divisão social do trabalho, da conseqüente divisão das sociedades em classes e do estabelecimento do Estado. As sociedades primitivas fundamentavam-se na apropriação comum dos meios de produção e na solidariedade de seus membros, o que fazia com que não surgissem circunstâncias conflitantes que resultassem em contendas acirradas, pois os preceitos de sobrevivência raramente eram transgredidas e, quando o eram, o simples desprezo ou pouco-caso dos demais membros do grupo já era o bastante para penalizar o infrator.

O Direito Penal é constituído por um conjunto de normas e preceitos que se agregam a um âmbito peculiar do ordenamento jurídico, destinado à tutela dos bens jurídicos mais proeminentes de uma coletividade. É a partir dessas pressuposições que se pode chegar a uma acepção devidamente do que incide o Direito Penal.

Fragoso (1990), define o Direito Penal como sendo:

[...] o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal. Fazem parte deste ramo do direito também as normas que estabelecem os princípios gerais e as condições ou pressupostos de aplicação da pena e das medidas de segurança, que igualmente podem ser impostas aos autores de um fato previsto como crime (FRAGOSO 1990, p.5)

Noronha (1995) em seu discurso revela que:

Numerosas são as definições do direito penal, frequentemente imperfeitas. Von Liszt define-o como 'conjunto de prescrições emanadas do Estado, que ligam o crime, como fato, a pena como consequência'. Não se afasta muito desta definição a de Mezger: 'Direito penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, ligando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência (NORONHA 1995, p.4).

Por isso, o Direito Penal tem também a função de proteger os bens jurídicos mais importantes para uma vida em sociedade, tais como a vida, a saúde pública, a liberdade, a integridade física, o meio ambiente, o patrimônio, a honra, etc. Streck acredita que o Direito Penal ainda é uma realidade social tão dramática, que chega a ser instrumento de manutenção do status quo. Streck comenta ainda que:

[...] é necessário ter em conta que o Direito deve ser entendido como uma prática dos homens que se expressa em um discurso que é mais que palavras, é também comportamentos, símbolos, conhecimentos, expressados (sempre) na e pela linguagem. É o que a lei manda, mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos produzem, os legisladores sancionam ou os doutrinadores criticam. É enfim, um discurso constitutivo, uma vez que designa/atribui significados a fatos e palavras (STRECK 2001, p.221).

Desta forma, a Constituição Federal também é um espaço garantidor das relações democráticas entre estado e sociedade. Assim, os princípios, como valores fundamentais, governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica, portanto, a violação de um princípio passa a ser mais grave que a transgressão de uma regra jurídica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A igualdade de gêneros é certo que a busca da dignidade humana se faz por meio da democratização permanente das estruturas, das sociedades nacionais e de seus aparatos estatais, uma política dos direitos do homem definida como política de capacidade e da liberdade do homem.

A igualdade entendida como equiparação dos distintos segue como sendo um ideal constante e inesgotável dos seres humanos, vivendo em sociedade e jamais foram postas em discussão, como nos tempos atuais, as três principais bases de desigualdade: raça, sexo e classe social. Vê-se que é um assunto emergente em que emana grandes considerações determinantes de estudos para um melhor esclarecimento acerca desta temática tão importante para as sociedades modernas.

Neste estudo, verificou-se que os direitos à diferença, consolidados na igualdade formal, e os direitos à compensação das desigualdades, na material, devem andar lado a lado, e isso que está acontecendo com as mulheres no final do século, uma vez que, constituem a manifestação da igualdade nos direitos fundamentais.

Este estudo mostrou também que o princípio da igualdade de gêneros de um modo geral, é assegurado com maior ou menor em todas as Constituições, tendo maior destaque e ênfase na Constituição de 1988, onde o tratamento com equidade para homens e mulheres fez-se necessário para efetiva a premissa deste princípio entre ambos, já que a máxima constitucional reside no fato de que todas as pessoas devem ser consideradas iguais precisamente porque são diferentes.

Em relação às garantias dos direitos de liberdade que asseguram a igualdade formal, estas estão preconizadas na Constituição, nos Títulos I (artigo 3º, inciso IV, II (artigo 5º, I) e VIII, Capítulo VII (artigo 266, §5º. Desta forma, as diferenças devem ser reconhecidas para serem respeitadas e garantidas, e as desigualdades devem ser reconhecidas para serem removidas ou compensadas.

Assim sendo, foi possível perceber durante esta pesquisa que a busca pela igualdade entre homens e mulheres, pela dignidade da pessoa humana e pela justiça como caminho indispensável para que aqueles ideais sejam efetivados, é um dever tanto dos juristas, quanto de toda a sociedade, uma vez que transformar ideias em consciência coletiva requer atitudes conjuntas da população a fim de potencializar e assegurar a efetividade do princípio da igualdade.

Nesta tangente, o Direito Penal cuida de fatos humanos que se classificam como delitos, dos responsáveis por esses e, ainda na especial forma de consequências jurídicas que lhes estão reservadas, ou seja, a pena criminal e a medida de segurança.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. De Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BASTOS Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Liberdade e igualdade**. Trad. de Almiro Pisetta e Lenira M.R. Esteves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BORGES, Paulo César Corrêa. **O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais**. Colaboradores Alessandra Beatriz Martins [et al]. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

CAMPOS, Carmen Hein de. **O Discurso Feminista Criminalizante no Brasil**. 1997.

COING, H. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Trad. Elisete Antoniuk. 5 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabria editor, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

STRECK, L.L. **Hermenêutica jurídica e (em) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAMAGNO, Maristela Basso. **O direito de Família e Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.