

ENTRE SILÊNCIOS E DISSONÂNCIAS:
VULNERABILIDADE DE GÊNERO E DIREITO PENAL¹
*BETWEEN SILENCES AND DISSONANCES: GENDER
VULNERABILITY AND CRIMINAL LAW*

*Ana Elisa Liberatore S. Bechara*²

USP

*Rodrigo Fuziger*³

USP

Resumo

O presente artigo visa à análise da noção de vulnerabilidade de gênero, sua utilização e compatibilidade com toda estruturação e principiologia que orienta um Direito penal configurado sob a égide de um estado democrático de direito, bem como a partir do escopo da teoria do bem jurídico como elemento limitador da relevância jurídico-penal de condutas. Tal mirada decorre de um impasse entre, por um lado, perspectivas dogmáticas e de política criminal, de cariz patriarcal, que silenciam sobre as especificidades e necessidades protetivas que considerem o recorte de gênero e, de outro, de construções de tipos penais e consequentes instrumentalizações sob

¹ Artigo elaborado por membros do Projeto de cooperação internacional de pesquisa denominado: **Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales**. Referencia: RTI2018-095155-A-C22. IP: Demelsa Benito Sánchez. Universidad de Deusto e do Projeto de cooperação internacional de pesquisa denominado **Aporofobia y Derecho penal**. Referência: RTI2018-095155-B-C21. IP: Ana Isabel Pérez Cepeda. Universidad de Salamanca.

² Professora Titular do Departamento de Direito penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

³ Pós-Doutorando em Direito Penal (USP). Doutor em Governança Global e Estado de Direito (USAL/Espanha); Doutor, Mestre e Bacharel em Direito (USP); Bacharel em Filosofia (USP).

um viés de gênero. Neste segundo grupo, observa-se o emprego problemático da noção de vulnerabilidade, resultando não raro em demandas paternalistas que ultrapassam de maneira ilegítima as esferas de autonomias individuais. Desta feita, buscar-se-á estabelecer qual o atual “estado de arte” da noção de vulnerabilidade de gênero no Direito penal, a partir de uma análise crítica que busque a superação de duas margens (aparentemente) antagônicas e igualmente ilegítimas: o patriarcalismo e o paternalismo.

Palavras-chave

Direito penal. Gênero. Vulnerabilidade. Autonomia.

Abstract

This article aims to analyze the notion of gender vulnerability, its use and compatibility with all structure and principles that guides a Criminal law configured under the aegis of a Democratic State and from the scope of the Theory of Legal Good as barrier element of the Criminal law. This view stems from a deadlock between, on the one hand, dogmatic and criminal policy perspectives from a patriarchal nature, which are silent about the specificities and protective needs that consider the gender cut and, on the other hand, constructions of criminal policies under a gender bias. In this second group, the problematic use of the notion of vulnerability stands out, often resulting in paternalistic demands that illegitimately go beyond the spheres of individual autonomy. This work will seek to establish what is the current “state of the art” of the notion of gender vulnerability in criminal law, based on a critical analysis that seeks to overcome two (apparently) antagonistic and equally illegitimate margins: patriarchy and paternalism.

Keywords

Criminal law. Gender. Vulnerability. Autonomy.

1. Introdução: O Direito penal sob um viés de gênero

“O problema da questão de gênero é que ela prescreve como devemos ser em vez de reconhecer como somos”

Chimamanda Ngozi
Adichie⁴

A epígrafe que inicia este texto, da lavra da escritora e ativista nigeriana Chimamanda Ngozie Adichie, evidencia uma aporética consequência oriunda da criação de uma das mais importantes e revolucionárias categorias não só do século XX, mas de toda a história da humanidade: o conceito de gênero como superação da dicotomia biológica entre sexos masculino e feminino. Ocorre que, como de hábito em categorizações, um movimento de arcabouço epistemológico descritivo ganha contornos prescritivos, estabelecendo, portanto, expectativas de ser e performar conforme a categoria pertencente.

A noção de gênero, disruptiva e emancipadora, carrega em seu bojo todo o peso socialmente construído ao longo de uma história alicerçada sobre relações de poder, em que diferenças entre homem e mulher foram manipuladas pelo *status quo* como elementos de

⁴ ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejam todos feministas**. Tradução de Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

submissão no contexto do patriarcalismo,⁵ ou ainda, tais diferenças foram neutralizadas, como se a simples existência de igualdade formal entre gêneros fosse capaz de romper amarras e mordças que foram a tônica de uma relação historicamente iníqua, que relegou o feminino aos espaços privados. Desse modo, a categoria gênero passou a ser considerada elemento fundamental na análise das estruturas de poder, organização das instituições sociais e formas de controle ideológico na sociedade.⁶

Como constructo delineado ao longo da segunda metade do século XX, o gênero representou uma importância central na tomada de consciência das condicionantes históricas e na busca de uma

⁵ “O feminismo trouxe dois conceitos – o de patriarcado e o de gênero – que hoje são de uso corrente e sem os quais nos faltariam letras chaves no abecedário que usamos para descrever a hierarquização naturalizada que o poder planetário nos vende. Entende-se por patriarcado, para afirmar claramente, o domínio machista e todas suas implicações. O gênero revela a principal armadilha do patriarcado: a confusão de sexo com a o papel atribuído. O sexo é algo anatômico, mas o gênero não tem nada a ver com a anatomia. A mulher tecendo, cozinhando, esperando o marido, cosendo, não tem nada de sexual, tratando-se, antes, de um conjunto de papéis culturalmente atribuídos pelo poder patriarcal. Isso é o gênero” ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 2013. Pág. 110. A respeito do debate sobre o(s) conceito(s) de patriarcado e suas consequências, sob um viés feminista, cf. MORGANTE, Mirela Marin; NADER, Maria Beatriz. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: **Anais do XVI Encontro Regional de História da ANPUH**, 2014.

⁶ Cf. SEVERI, Fabiana Cristina. Direitos humanos das mulheres e a transversalidade de gênero no sistema de justiça. **Revista de Estudos Jurídicos**, a. 15, n. 22, 2011, p. 327.

superação de um anterior estágio liberal, caracterizado pela igualdade formal (em muitas questões ainda nem sequer alcançada) entre homem e mulher⁷, por meio de duas novas perspectivas. Em um primeiro momento (muito embora não haja um recorte temporal perfeitamente definido) a equidade material (em uma perspectiva sociocultural), conferindo relevo a diferenças como forma de asseguramento de real isonomia. E, finalmente, já no contexto pós-moderno, uma superação do olhar sob o dualismo homem/mulher, em uma perspectiva reflexiva e complexa, voltada à própria diversidade da condição de mulher e às específicas opressões que assolam distintos grupos.

A partir do início da década de 1980, a crítica por certos grupos feministas à centralidade da categoria de gênero operou, assim, a ampliação do espectro de análise das opressões, cuja raiz não está apenas no gênero, mas também na raça, classe social e sexualidade, dentro do marco de uma necessária interseccionalidade,⁸

⁷ Relação esta marcada por uma tensão, eis que o conceito de igualdade, caro ao Direito, pressupõe uma similitude, ao passo que o conceito sexo pressupõe uma diferença. Cf. MACKINNON, Catharine. **Feminismo inmodificado**. Discursos sobre la vida y el derecho. Tradução de Teresa Beatriz Arijón, Buenos Aires: Siglo XXI, 2014, p. 58.

⁸ A expressão “interseccionalidade” foi cunhada e descrita por CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. **University of Chicago Legal Forum**, v. 1989, Iss. 1, art. 8. Disponível em <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=ucf>>.

correspondente à articulação complexa e não hierarquizada dessas categorias, conforme apontado por Angela DAVIS.⁹

É justamente o fortalecimento de tal concepção que permite ao recorte de gênero operar de uma forma menos prescritiva (reducionista) e alcançar não apenas uma visão descritiva (asséptica), mas, tal qual na epígrafe, um olhar de reconhecimento, levando em consideração que o empoderamento libertador de um grupo se materializa a partir da síntese de biografias heterogêneas e depende, inexoravelmente, do asseguramento da autonomia de seus indivíduos.

Assim, os mecanismos de proteção de um gênero devem ser compatíveis e fomentadores da autodeterminação daquelas(es) que a ele pertencem. Objetivamente e exemplificando: um Direito penal utilizado em um sentido diametralmente oposto à premissa anterior acaba por tolher o sujeito (não necessariamente assujeitado) de suas possibilidades de deliberação em potência e realização. Nesse sentido, sob um discurso de gênero prescritivo e a partir do argumento generalizante da vulnerabilidade, acaba-se por restringir a autonomia da mulher na tomada de decisões, acarretando a presunção totalizante de incapacidade de deliberação livre em virtude da vulneração característica de determinados papéis sociais (vítimas de crimes, trabalhadoras no mercado da prostituição, dentre outros exemplos).

⁹ DAVIS, Angela. **Mulher, raça e classe**. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. A obra original da autora, de 1981, é anterior à criação da expressão “interseccionalidade”, apontando de toda forma a necessidade de articulação dos diversos elementos na análise das opressões.

Não há dúvidas que, em grande medida, correntes que defendem tais perspectivas estão alicerçadas em argumentos legítimos e sólidos. No entanto e não raro, tais movimentos paternalistas (ainda que bem intencionados) são capturados por discursos tipicamente patriarcais que se apropriam de pautas progressistas com finalidades simbólicas, conforme buscar-se-á demonstrar.

É, portanto, fundamental lançar luzes sobre o tema da vulnerabilidade, a partir de um recorte de gênero, de modo a compatibilizar demandas de superação de um modelo patriarcal de Direito penal, sem que com isso surjam duas externalidades: por um lado, normas paternalistas que realçam um caráter prescritivo e paternalista de gênero; por outro, normas simbólicas que surgem de processos de apropriação discursiva e servem a um incremento do rigorismo e moralismo penal sem que haja uma contrapartida de maior proteção de bens jurídicos penalmente relevantes.

2. Do silêncio à polissemia: gênero e vulnerabilidade no Direito penal

Margarita BONET ESTEVA propõe um interessante questionamento a respeito da conformação do Direito penal: “Deve ser redefinida a neutralidade da lei penal em razão do gênero?”¹⁰

Segundo a autora, em uma análise da codificação espanhola, a técnica legislativa de redação asséptica e “sem sexo”

¹⁰ BONET ESTEVA, Margarita. Derecho penal y mujer ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género? In: **Derecho, género e igualdad**: Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas, p. 27-38, 2010.

somada ao reconhecimento da igualdade formal entre homens e mulheres levou à conclusão geral de que o Direito penal é neutro quanto ao tratamento dos sexos¹¹. A penalista espanhola pondera acerca dessa configuração, questionando se, de fato, o Direito penal é ou pode ser neutro quanto ao gênero, ou seja, a salvo de desigualdades estruturais relacionadas à construção do masculino e feminino ao longo da cultura humana. Isto porque, de acordo com a autora, a técnica pretensamente neutra permite uma indiferenciação quanto ao sexo, de caráter biológico, mas gera um silêncio quanto a peculiaridades que são observáveis a partir de um recorte de gênero.¹²

¹¹ A título exemplificativo e situando o debate na realidade brasileira, pode-se apontar que a lei 12.015/2009 empreendeu uma ampla reforma nos crimes contra a dignidade sexual (que até então eram chamados de crimes contra os costumes), revogando o artigo 214-A (atentado violento ao pudor) e migrando, em um processo de continuidade típico-normativa, seu conteúdo para o artigo 213 (estupro). Dessa forma, homens e mulheres passaram a ser vítimas e autores possíveis do crime de estupro, este que, até 2009, tinha por autor apenas o homem e a vítima apenas a mulher, em virtude de sua redação que englobava apenas a “conjunção carnal” mediante violência ou grave ameaça como elemento do tipo.

¹² Tal recorte possui especial relevância quanto à construção de uma política criminal efetiva na proteção de vítimas do gênero feminino, o que em nada significa a necessidade de novos tipos penais ou recrudescimento de tipos já existentes. Por outro lado, há também notáveis diferenças na incidência e dinâmica criminal a partir de um viés de gênero. Nesse sentido, por vários outros, cf. o paradigmático estudo estatístico de DENNO, Deborah W. Gender, Crime, and the Criminal Law Defenses. In: **Journal of Criminal Law & Criminology**, v. 85, p. 80, 1994. Cabe esclarecer que a autora trabalhou dentro de uma recorte temporal-espacial considerando dados dos Estados Unidos, referente a delitos realizados em meados do século XX. A maciça

Na realidade, porém, essa pretensa neutralidade corresponde a uma construção em torno do corpo de um sujeito liberal,¹³ que não é abstrato, nem neutro, tampouco assexuado, mas sim um corpo idealizado e generalizado, de matriz masculina.¹⁴ Para Catharina MACKINNON, tal constatação pode ser observada a partir de três afirmações correlacionadas:

I – A violência sexual é definida em função do ponto de vista masculino; II – Dado que na aprendizagem social da sexualidade masculina, violência e prazer tendem a se confundir, a regra jurídica incorpora o binômio poder-prazer de uma maneira ambivalente; III – O que as

prevalência de delitos de autoria masculina observada pela autora é, no entanto, uma tônica observável em outros países e períodos.

¹³ A percepção da falsa neutralidade do corpo liberal idealizado depende de um olhar que considere a perspectiva de gênero: “O corpo não é uma facticidade anatômica pré-discursiva, não possuindo uma existência significável antes da marca social do gênero. Isso implica, que, por definição, o corpo é uma construção generalizada cuja função é eminentemente normativa.” BUTLER, Judith. **El género en disputa**. El feminismo y la subversión de la identidad. Tradução de María Antonia Muñoz, Barcelona, Paidós, 2017, p. 58.

¹⁴ ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira. Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad. In: **Ius et Praxis**, v. 24, n. 3, p. 209-254, 2018, p. 209. No mesmo sentido, observa Tamar PITCH que o “corpo masculino ideal não requer uma referência normativa uma vez que ele mesmo constitui a norma.” PITCH, Tamar. **Un derecho para dos**. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidade. Tradução de Cristina García Pascual. Madri: Trotta, 2000.

mulheres consideram violência sexual é, em geral, irrelevante para o discurso jurídico.¹⁵

Isso não significa a inexistência de um cabedal de normas que tem por destinatárias as mulheres, uma vez que há dispositivos referentes à mulher, construídos ainda sob a lógica androcêntrica e denotando uma visão patriarcal sobre qual deve ser a forma e o objetivo de proteção à mulher, ou ainda, que tipo de mulher deve ser protegida pelo Direito, com destaque ao Direito penal.

Pode-se, então, afirmar que o Direito penal em geral e também em matéria gênero é desigual por excelência, na medida em que protege de modo fragmentário os bens essenciais da sociedade e pune de forma interessada sua ofensa, operando com o conceito de delito, vítima e delinquente a partir da posição desigual dos indivíduos na hierarquia social, e não propriamente da danosidade das condutas praticadas/sofridas.¹⁶

A desigualdade de gênero atribuível à ação de um Estado patriarcal encontra algumas explicações, conforme assevera María Luisa MAQUEDA ABREU.¹⁷ Em primeiro lugar, tem-se a própria natureza dos delitos por meio dos quais as mulheres são incriminadas

¹⁵ MACKINNON, Catharine. **Feminismo inmodificado**. Discursos sobre la vida y el derecho. Tradução de Teresa Beatriz Arijón, Buenos Aires: Siglo XXI, 2014, p. 129.

¹⁶ No mesmo sentido, v. BARATTA, Alessandro. El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. In: BIRGIN, Haydée (org.). **Las trampas del poder punitivo**. El género del derecho penal. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 168 e ss.

¹⁷ Cf. MAQUEDA ABREU, María Luisa. **Razones y sin razones para una criminología feminista**. Madrid: Dykinson, 2014, p. 105-106.

(os denominados delitos de status), utilizados para a manutenção do controle sobre a sexualidade e a domesticação femininas. Nesse sentido, no que diz respeito a crimes sexuais, marcados pelo imaginário da “mulher honesta”, há nítida relação entre violência sexual e códigos de honra, que categorizam mulheres entre honestas e desonestas de acordo com seus comportamentos interseccionados por estruturas de gênero, raça e classe.¹⁸

Tal “lógica da honestidade”, conforme denominação de Vera Regina Pereira de ANDRADE, leva a uma “sublógica da seletividade na medida em que consiste não apenas na seleção estereotipada de autores mas também na seleção estereotipada das vítimas, relacionalmente. E esta é assentada, nuclearmente, na reputação sexual.”¹⁹

Fundamental esclarecer que desde o Código Penal de 1940, a expressão “mulher honesta”²⁰ não figura no tipo penal do estupro,

¹⁸ Cf. ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. “**Ela não mereceu ser estuprada**”: a cultura do estupro nos casos penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 86.

¹⁹ Conforme a autora: “*De modo que o referencial para a distribuição da vitimação sexual feminina é a moral sexual dominante simbolizada no conceito de ‘mulher honesta’, só aparentemente vago. Trata-se, pois da vitimação seletiva das mulheres obedecendo à proteção seletiva do bem jurídico moral sexual: só a moral das ‘mulheres honestas’, maiores ou menores de idade, é protegida.*” ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? In: DORA, Denise Dourado (Coord.). **Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1997, p. 105- 130. p. 119.

²⁰ Sobre o conceito doutrinário de “mulher honesta”, v. as definições de HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. Vol. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956,

remanescendo até 2005 nos tipos penais de posse mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude e o rapto violento ou mediante fraude. Entretanto, mesmo tendo sido essa cláusula geral retirada dos tipos penais, o imaginário da mulher honesta ainda fundamenta, de modo mais um menos velado, os discursos de agentes do sistema de justiça criminal em pleno século XXI. Deste modo, a superação dos “crimes contra os costumes” por meio dos “crimes contra a dignidade sexual” não foi total, sendo certo que a ilegítima justaposição de Direito Penal com moralismos é notada de maneira mais clara justamente nos crimes sexuais.

É por isso que a violência sexual contra a mulher envolve, desde o início da busca do sistema de justiça criminal pela vítima, o questionamento de suas experiências e a comprovação, por meio de estereótipos, de uma situação de vitimização genuína, constituindo “o único crime do mundo em que a vítima é acusada e considerada culpada da violência praticada contra ela”.²¹ O que se busca reconhecer em última análise nesses casos não é propriamente a violação contra a mulher, mas sim seu pertencimento – ou não – ao estereótipo feminino que reproduz a imagem da mulher recatada e indefesa.

p. 148 e NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 3º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 1961, p. 176.

²¹ Cf. PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998, p. 57. Conforme as autoras, o julgamento do estupro é marcado por ambiguidades e até certa convivência, prevalecendo não o princípio do *in dubio pro reo*, mas a normativa social do *in dubio pro stereotypo*. Idem, p. 207.

De outro lado, há instrumentos mais sutis de coerção e controle de gênero, não raro relacionados à crescente tendência de tutela e prevenção da vitimização feminina. Por meio de uma pretensa intenção protetiva, o Estado acaba interferindo na vida das mulheres, retirando-lhes a autonomia pessoal e sexual, ou mesmo estigmatizando-as, como ocorre em matéria de violência doméstica,²² de prostituição e de aborto²³.

O silêncio quanto a um Direito penal materialmente sensível a questões de gênero persiste de maneira inconsciente ou mesmo por meio de decisões de política criminal deliberadamente antagônicas a tal possibilidade. Nesse sentido, sintomático exemplo ocorreu com a inserção do feminicídio por meio da Lei 13.104/2015, como qualificadora do homicídio, prevista no artigo 121, §2º, VI do Código penal brasileiro. A proposta legislativa inicial previa a expressão “por razões de gênero feminino”. Todavia, a aprovação no Congresso, sob influência de bancada religiosa, foi feita com o substitutivo “por razões de sexo feminino”.²⁴

O episódio da positivação da qualificadora do homicídio ilustra bem a hipótese de apropriação de pautas progressistas, nesse caso, de orientação feminista, que acabam sendo utilizadas por um

²² LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 79.

²³ Cf. PHETERSON, Gail. Salas de espera del estado: mujeres embarazadas y prostitutas. **Política y sociedad**. V. 46, n. 1 y 2, 2009, p. 102-103.

²⁴ Para uma trajetória do projeto e posterior mudança legislativa, bem como sua análise crítica, cf. CAMPOS, Carmen Hein de. Feminicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. In: **Sistema Penal & Violência**, v. 7, n. 1, p. 103-115, 2015.

corpo político patriarcal. Para além da intenção de dar visibilidade à violência contra a mulher²⁵ (finalidade precípua dos setores feministas que encampam a pressão pela aprovação da norma), setores conservadores vislumbraram a possibilidade de ganho de capital político com o apoio da aprovação da norma. Tais setores apoiaram a causa, mas não sem antes deturpar o sentido original da norma, com a modificação da expressão “gênero” para “sexo”.

Ocorre que uma vez obtido o capital político perante o eleitorado, resta secundária a efetiva proteção do bem jurídico “vida” da mulher (ainda que em um conceito restritivo, já que biológico). Nesse sentido, a instrumentalização de normas protetivas à mulher persiste deficitária, destacando-se aqui a “Lei Maria da Penha”, Lei 11.340/2006, de conhecimento (ao menos quanto à sua existência) pela população, mas que ainda tem seu conteúdo distante da concretização, bastando pensar no déficit de Delegacias de polícia especializadas ao atendimento de mulheres violentadas (nos diversos sentidos prescritos pela lei) ou no funcionamento “em horário comercial” de grande

²⁵ Discute-se se o expediente de criação de tipos penais é uma solução legítima para tanto, ou acaba de tornando uma medida inefetiva na proteção de bens jurídicos relevantes, uma espécie de “Direito penal promocional”, para alguns, uma categoria pertencente ao gênero “Direito penal simbólico”. Nesse sentido, cf. FUZIGER, Rodrigo. **Direito penal simbólico**. Curitiba: Juruá, 2015, pp. 177-182. A respeito da paradoxal demanda de criminalizações e recrudescimento penal por setores progressistas, vide KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda punitiva. In: **Discursos Seditiosos: Crime, Direito, Sociedade**, nº 1, ano 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 79-92.

quantia das Delegacias da Mulher existentes. Ademais, ao lado de uma proteção penal que acaba por revelar-se simbólica, há ainda o risco de reforço de uma imagem estereotipada das mulheres como vítimas, reduzindo ainda mais no imaginário social o necessário empoderamento feminino, como adverte Patsilí TOLEDO.²⁶

O cenário, portanto, é pouco alvissareiro quanto à adoção do Direito penal como mecanismo de consecução de pautas de setores de movimentos relacionados a grupos sujeitos a vulnerabilidades. Isto ocorre pelo menos por três razões:

- I) Tais demandas rigoristas não implicam o alcance da legítima finalidade protetiva de bens jurídicos penalmente relevantes. O aumento da visibilidade por meio de uma criminalização ou incremento da pena já existente não necessariamente implica diminuição da violência. É possível inclusive que o recrudescimento gere um efeito contrário à diminuição, eis que a solução de alteração da legislação penal é, em tese, a medida mais extrema mas também, concomitantemente, a mais fácil, o que leva a abandonar políticas mais complexas e efetivas de diminuição da violência, sob a alegação de que a

²⁶ TOLEDO, Patsilí. **Femicídio/feminicídio**. Buenos Aires: Didot, 2014, p. 287-288.

resposta, por meio do recrudescimento, já foi dada ao problema.²⁷

- II) Tais demandas mimetizam *o modus operandi* patriarcal de lançar mão do Direito penal como panaceia das mais diversas formas de violência, sendo inclusive apoiadas e apropriadas por setores conservadores que entendem que a efetividade do recrudescimento do Direito penal encontra terreno fértil em um elemento subjetivo (prestígio político) do que em um elemento objetivo (mudança da realidade social por meio da diminuição de determinada violência criminal).
- III) Tais demandas usualmente propõem soluções generalizantes, que estão muito mais alinhadas a um recorte de gênero prescritivo do que um viés reflexivo, com o reconhecimento de individualidades e especificidades de cada ator componente de um grupo. Desse modo, propostas protetivas da mulher por meio de incriminações penais só são legítimas se de fato forem aptas a diminuir a violência criminal contra mulheres em real ou presumida condição de

²⁷ Houve um incremento do número de feminicídios de 2019 em relação a 2018 na ordem de 7,2%, sendo que em alguns estados a porcentagem de crescimento ultrapassou a casa dos 30% (como em São Paulo, Santa Catarina, Alagoas, Bahia). Fonte <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/02/feminicidio-cresce-no-brasil-e-explode-em-alguns-estados.shtml>> Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

vulnerabilidade, ainda que haja algum grau de intromissão no âmbito de autonomia dessas pessoas. Todavia, essa hipótese idealizada não se concretiza no Brasil, tampouco em alguns exemplos estrangeiros, conforme será evidenciado.

Os itens acima não estão enumerados a partir de uma hierarquização de pertinência, sendo certo que eles transitam e dialogam em diferentes realidades e perspectivas. De todo modo, todas as razões apontadas conduzem a concluir que, em matéria de (in)equidade de gênero, o Direito penal é parte do problema, e não de sua solução. Por uma questão de recorte do presente escrito, dar-se-á nas linhas seguintes uma ênfase ao terceiro argumento, uma vez que é justamente nele que a polissêmica noção de “vulnerabilidade” ganha força como elemento retórico de pautas criminalizadoras.

Bjarne MELKEVIK esclarece que a expressão, a partir do século XIX, exorbita o plano da linguagem médica, no qual até então o termo era empregado, em referência ao indivíduo que lutava contra as feridas ou doenças de ordem física. Contemporaneamente, é possível reconhecer dois sentidos maiores para a expressão: o adjetivo tanto qualifica aquele que pode ser ferido, afetado, atingido (por um mal físico), quanto aquele que pode ser facilmente atingido (abstrata ou moralmente) ou que mal se defende (diz-se, por exemplo, que a inexperiência torna “vulnerável”). Em qualquer caso, “vulnerável” não significa “ser fraco”. Mais do que um ser atingindo por uma tal

“deficiência”, o emprego do termo serve para qualificar um ser que se encontra em uma situação ou posição.²⁸

Assim, a vulnerabilidade é menos um status imanente e mais uma condição relacional e situacional. Tal premissa é essencial na compreensão de que a vulnerabilidade pode ser compatibilizada com a autonomia do sujeito, inclusive como uma forma de superação de sua situação (e não característica ontológica) vulnerável.

Além disso, é necessário observar que a vulnerabilidade não opera de maneira dualista (sujeito vulnerável e sujeito invulnerável), mas sim a partir de um amplo espectro de gradações. Dessa forma, dentro de tal espectro, para a restrição da autonomia de alguém que age sem causar danos ou ofensas a terceiros, com a finalidade de protegê-lo, não basta admitir que existe vulnerabilidade desse sujeito em dada situação, mas sim que existe uma vulnerabilidade que atingiu um grau suficientemente alto porque o exercício de sua autonomia aprioristicamente estava prejudicado.

Em síntese e como será visto pormenorizadamente mais a frente, as hipóteses de limitação da autonomia para proteção de um sujeito em razão de sua vulnerabilidade decorrem exatamente de problemas relacionados ao exercício de sua autonomia. Portanto, sem questões prejudiciais à autonomia de alguém, não é possível restringir-lhe a liberdade sob o pretexto de protegê-lo de si. Se não há problemas na autonomia, não há vulnerabilidade.

²⁸ MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, Direito e Autonomia: Um Ensaio Sobre o Sujeito de Direito. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 71, 2017, p. 643.

Certo é que justamente sobre o arenoso e vasto solo da noção de vulnerabilidade que florescem propostas de recrudescimento de campos diametralmente opostos: setores conservadores com propostas patriarcais de suposta proteção à mulher convivem (e muitas vezes atuam em simbiose) com setores progressistas (notadamente algumas perspectivas dentro do complexo universo de vertentes feministas) que sob argumentos identitários de visibilidade e/ou proteção e/ou coesão de um gênero acabam por demandar soluções penais de cunho paternalista que afrontam a autonomia individual sem conseguir melhorias quanto à proteção e asseguração de Direitos de mulheres.

Antes de adentrar em alguns exemplos que evidenciam a ação de propostas de política criminal patriarcais e paternalistas (quando não as duas coisas concomitantemente), cabem algumas considerações quanto à ideia de paternalismo.

A partir do conceito elaborado por Gerald DWORKIN, pode-se definir o paternalismo como interferência do Estado ou pessoa sobre a liberdade de ação de outra pessoa, contra sua vontade, defendida ou motivada sob o argumento de que a interferência a protegerá ou beneficiará.²⁹

O paternalismo representa, portanto, uma redução da autonomia do indivíduo, em virtude de uma tomada de decisão externa e em seu benefício. Sob uma leitura de gênero, o termo remete à ideia da figura paterna como centro de deliberação de uma família,

²⁹ Gerald Dworkin Moral paternalism. In: **Law and Philosophy**. Holanda, v. 24, n. 03, 2005, p. 231.

representando assim uma manifestação do patriarcado como limitador das liberdades individuais, ainda que sob a pretensa condição de fonte de proteção de terceiros.

Há imensa literatura sobre o tema, bem como, uma série de classificações possíveis sobre as diversas formas de manifestação do paternalismo. Uma categorização, no entanto, é pertinente ao presente recorte e merece uma análise detida. Trata-se da diferenciação entre paternalismo de bem estar e o paternalismo moral³⁰.

O paternalismo de bem estar visa a resguardar a pessoa quanto a possíveis riscos e danos ou propiciar um incremento de sua condição de vida que não ocorreria por deliberações desse próprio sujeito. Por outro lado, o paternalismo moral representa uma intervenção na esfera de autonomia de alguém visando a resguardar preceitos morais que seriam aviltados com o comportamento do sujeito que sofreu a interferência. Dentro da ótica do paternalismo moral, importa menos as vantagens individuais do indivíduo que sofre a interferência e mais as vantagens do ponto de vista coletivo, uma vez que se busca proteger a moralidade comungada por determinada comunidade. Exemplifica João Paulo Orsini MARTINELLI:

Muitas vezes a interferência paternalista tem por finalidade buscar o bem-estar da pessoa que sofre a restrição. Interferir na liberdade de escolha da prostituta pode ter como objetivo protegê-la da exploração forçada

³⁰ Sobre esta dicotomia, bem como, a respeito de outras classificações, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, pp. 115-121.

ou consentida pelo cafetão, que age de acordo com a vulnerabilidade da vítima. O objeto de proteção é a pessoa individualizada na sua dignidade. O paternalista impõe aquilo que entende ser melhor no que se refere ao bem estar físico e mental de alguém, sem considerar exclusivamente aspectos morais. Pode alguém entender que não é digna a vida de quem se prostitui sem considerar seu bem-estar, mas apenas o contexto do comportamento nos valores morais da sociedade. O foco da valoração do comportamento não é o bem-estar individual e sim a comunidade em que este é praticado.³¹

O exemplo da prostituição (mais especificamente, da criminalização de quem explora a prostituição) é paradigmático ao demonstrar que almejando finalidades distintas, uma visão patriarcal de paternalismo moralizante acaba tangenciando a perspectiva de um paternalismo de bem estar.³² Assim, engana-se quem ingenuamente celebra o tratamento “mais protetivo” que as mulheres recebem do Estado na esfera penal, pois tal tratamento não tarda a converter-se em discriminação sofrida nas varias etapas do sistema de justiça criminal, quando a mulher se distancia dos papeis tradicionais de gênero e, assim, do comportamento esperado pelas agências de controle (conforme o estereotipo feminino da mulher branca, de classe média,

³¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 117.

³² Muito embora, nas perspectivas abolicionistas da prostituição, para além do argumento de vulnerabilidade (relacionado ao bem estar da profissional do sexo), há também um componente ideológico, calcado em uma moralidade minoritária.

subordinada, atenta, cuidadosa com os filhos, recatada).³³ Assim, como menciona Alessandro BARATTA, quando o sistema de justiça criminal trata as mulheres com “cavalheirismo”, parecem desse modo “desejar mostrar-lhes que seu lugar, em vez de estar no cárcere, esta em sua casa, ao lado de seus filhos”.³⁴

Há excepcionais situações em que o paternalismo cumpre uma importante função protetiva. Tais hipóteses estão ligadas justamente a incapacidade de exercício e expressão da autodeterminação de indivíduos por uma série de fatores, ligados à percepção da realidade e/ou à liberdade de manifestação da vontade (pressupondo-se a existência do livre-arbítrio).

Assim, podem ser divididos em quatro os grupos de casos em que não há consentimento válido do ofendido: (1) falta de discernimento; (2) falsa percepção da realidade; (3) coerção; (4) situação de fragilidade e ausência de opções para supri-la.³⁵ A quarta hipótese (“situação de fragilidade e ausência de opções para supri-las”) é o panorama em que surgem relações de exploração, esta que é marcada pela disparidade de forças e possibilidades entre os indivíduos, sendo que o explorado se submete a tal relação em virtude da ausência de alternativas melhores.

³³ Cf. MAQUEDA ABREU, María Luisa. **Razones y sin razones para una criminología feminista**, cit., p 117.

³⁴ BARATTA, Alessandro. El paradigma de género, cit., p. 64.

³⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. In **Revista de Direito Penal e Processo Penal Unianchieta**, v. 1, n. 1, p. 31-52, 2019, p. 43.

As chamadas posições “antipaternalistas” (de autores como Joel FEINBERG³⁶ ou do já citado Gerard DWORKIN) buscam estabelecer critérios que operam como filtros (relacionados a existência ou ausência de autonomia do sujeito) que devem ser superados em toda e qualquer intervenção paternalista que, como dito e em regra, só se torna legítima quando haja um considerável déficit ou absoluta ausência de autonomia de um sujeito.³⁷

Joel FEINBERG considera ilegítimas formas de intervenção paternalistas sobre comportamentos não lesivos, o que ele denomina de “*harmless wrongdoing*”³⁸, como exemplos de moralismos jurídicos

³⁶ Em quatro obras (“*Harm to others*”, “*Offense to others*”, “*Harm to Self*” e “*Harmless Wrongdoing*”) Joel FEINBERG estabelece uma teoria ligada aos graus de autonomia dos sujeitos e o direito de intervenção de terceiros sobre suas condutas, asseverando a intervenção é legítima em situações de lesão ou ofensa relevante não consentida a outrem (o que se coaduna com o *harm principle*, conceito de matriz utilitarista formulado ainda no Século XIX, por John Stuart Mill).

³⁷ No campo da dogmática penal, Claus ROXIN também lançou luz sobre quais devem ser os critérios de criminalização de condutas em prol da proteção de indivíduos dotados de autonomia, apontando a excepcionalidade das hipóteses em que alguém deve ser protegido de suas decisões (por meio de criminalizações desse alguém ou de terceiros), ainda que elas prejudiquem tal agente. ROXIN delinea a importância de critérios muito bem estabelecidos nas decisões de política criminal, ponderando que de nada adianta uma “teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível” ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: **Estudos de direito penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. pp. 31 e ss.

³⁸ FEINBERG, Joel. **Harmless wrongdoing**. Nova Iorque: Oxford. 1987.

que visam a impor padrões de comportamentos adequados a uma moralidade dominante, de modo a buscar uma espécie de sublimação do caráter dos indivíduos.

O argumento patriarcal de resguardo de uma pretensa moral proeminente não pode servir, em um Direito penal democrático, como alicerce de criminalizações, ganhando importância, nesse escopo, balizas limitadoras como a teoria do bem jurídico³⁹. Da mesma forma, moralidades heterogêneas e pertencentes a grupos específicos (por exemplo, visões de mundo e sociedade de correntes minoritárias do movimento feminista, ambiental, sindical, dentre outros) também não podem servir como sustentáculo de criminalizações com base no argumento da vulnerabilidade de determinados sujeitos, em situações nas quais haja exceções em que indivíduos atuem com autonomia.

Para compreender tal lógica, é fundamental ter em mente que a função precípua do Direito penal (mesmo com o incremento de sua tendência de proteções de interesses coletivos) segue sendo a proteção de interesses individuais dentro de uma coletividade e não a proteção da coletividade (ou, mais especificamente, de determinados grupos) em face de interesses individuais legítimos.

³⁹ A teoria do bem jurídico desempenha uma tarefa crítica diante de criminalizações lastreadas em convicções sociais de criminalização, desejos punitivos coletivizados, por isso a teoria tem um sentido negativo, de limitação e não de legitimação do Direito penal. De acordo com Ana Elisa BECHARA, “é (tarefa do princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos) justamente questionar convicções populares ou tabus, permitindo a análise crítica da justificação da intervenção jurídico-penal.” Cf. BECHARA, Ana Elisa. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 336.

Especificamente quanto ao recorte de gênero: a autonomia individual em ações que não prejudicam terceiros não pode ser tolhida em prol da proteção de uma ideologia coletiva, ainda mais quando a suposta proteção não alcança (e não pretende mesmo alcançar) o indivíduo que teve sua autodeterminação restringida.

Mas não parece ser essa a lógica atualmente seguida pelo Direito penal, que, justamente por isso, não se revela um aliado confiável na busca pela equidade de gênero, pois quanto mais amplo o poder punitivo do Estado nessa esfera, maior controle acaba sendo exercido – ainda que de forma não manifesta – na vida das mulheres.

Há, portanto, a necessidade de reivindicar para as mulheres um papel ativo nas relações sociais, inclusive no que tange ao sistema de justiça criminal, evitando, conforme adverte María Luisa MAQUEDA ABREU, o afã obsessivo de considera-las a partir de uma imagem homogênea, passiva e vitimizada, que limita sua liberdade e sua subjetividade.⁴⁰ Nessa linha, adverte-s, inclusive, quanto à possibilidade de utilização da abordagem político-criminal repressiva em matéria de gênero como “tática de diversão, com o fim de distrair a atenção social sobre temas que podem levar ao questionamento da legitimidade dos sistemas de dominação atual.

3. Algumas questões tormentosas do Direito penal brasileiro a partir da consideração da vulnerabilidade de gênero

⁴⁰ MAQUEDA ABREU, María Luisa. **Razones y sin razones para una criminología feminista**, cit., p. 145.

3.1 - Prostituição

A criminalização de condutas relacionadas à prostituição é, possivelmente, o tema que melhor representa a colisão entre a vulnerabilidade como presunção e o âmbito de autonomia individual.

É certo que há profissionais do sexo que pertencem ao gênero masculino⁴¹, no entanto, a problemática do tema afeta precipuamente, por uma razão quantitativa, mulheres (considerando-se sempre o recorte de gênero, albergando mulheres cis e transexuais). Dessa forma, é a partir da questão da autonomia feminina, frente ao patriarcalismo e paternalismo que a questão será abordada.

Tida de forma profana como “a mais antiga das profissões”, a prática da prostituição oscilou historicamente entre a permissão, a tolerância e à proibição, por distintas razões desde a moral e a religião até questões sanitárias. De todo modo, a partir da década de 1950, com os relatórios britânicos sobre o tema (em especial o *Wolfenden Report*), e posteriormente com o Projeto Alternativo do Código Alemão, o proibicionismo radical na matéria cedeu espaço a tentativas de estabelecimento de estratégias contra a exploração da mulher.

⁴¹ Inclusive com uma considerável quantidade de trabalhos (destacando-se várias etnografias) que estudam o tema. Por várias, vide BARRETO, Letícia C.; DA SILVEIRA, Cibele D.; GROSSI, Miriam P. Notas etnográficas sobre prostituição masculina em Florianópolis: entre o trabalho, o afeto e a sexualidade. In: **Revista de Ciências Humanas**, v. 46, n. 2, p. 511-534, 2012. Ou ainda, GUIRALDELLI, Reginaldo. Prostituição masculina em Belo Horizonte: evidências da questão social. In: **Oikos: Família E Sociedade Em Debate**, v. 24, n. 2, p. 133-162, 2013.

Assim, a maioria dos países não considera o exercício da prostituição um ato criminoso.⁴²

Seguindo tal tendência, o Brasil não proíbe a prostituição, mas criminaliza indivíduos que contribuam para sua prática (por exemplo, art. 228, CP) ou que auferam benefícios em virtude da prostituição de terceiros (por exemplo, art. 230, CP).⁴³

A pedra angular do debate sobre a criminalização de condutas relacionadas à prostituição está disposta sobre a ideia de vulnerabilidade da pessoa que exercita uma relação comercial com seu próprio corpo. Com argumentos contundentes, determinados setores apontam que todo e qualquer benefício de terceiros que seja oriundo da prostituição representa uma forma de exploração, eis que, por exemplo, há uma relação de submissão, uma hierarquia entre a prostituta e seu rufião. Tal posição corresponde a uma corrente

⁴² Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 332-333.

⁴³ Dentro do Capítulo V (“Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”) do Título VI do Código penal (“Crimes contra a dignidade sexual”) há ainda as seguintes condutas vigentes: artigo 227 “Mediação para servir a lascívia de outrem”; artigo 229 “Casa de prostituição”; e o artigo 232-A “Promoção de migração ilegal”. Quanto a este último, nota-se uma equivocada topografia, eis que se trata de uma conduta que não está necessariamente ligada ao bem jurídico do título VI que lhe é continente: a “dignidade sexual”. Cabe esclarecer, por fim, que a exploração de prostituição de menor de 18 anos ou pessoa com enfermidade e doença mental é hipótese de crime hediondo prevista no artigo 218-B do Código penal (inclusive com a punição de quem pratica ato sexual com pessoa prostituída com idade entre 14 e 18 anos, conforme o parágrafo 2º, II do artigo 218-B).

feminista mais paternalista – se bem que partindo de pressupostos justificados – que exclui de modo dogmático que a prostituição possa ser uma opção livre da mulher (recorrendo a uma visão estereotipada da prostituta).⁴⁴

De outra parte, a partir da década de 1970, com a denominada segunda onda feminista relacionada à prostituição, passou-se a defender o direito e a liberdade da prostituta exercer seu labor como bem lhe aprouver, a partir da consideração de tal pratica como uma atividade liberal de mulheres como outras quaisquer, sem que se deva proceder a juízos morais. Nesse período surgem, inclusive, grupos organizados de mulheres prostitutas, não como vitimas sociais, e sim como profissionais do sexo.⁴⁵

Ora, extrapolando a questão da prostituição, em uma leitura marxiana, é possível concluir que as relações de trabalho correspondem a uma exploração não consentida, haja vista que, regra geral, os trabalhadores se submetem aos detentores do capital. Se é assim, havendo de fato um componente de opressão nas relações de trabalho, há que se indagar quais razões determinam a categorização da prostituição como uma forma de trabalho⁴⁶ que tangencia a

⁴⁴ Cf. SILVA, Susana. Classificar e silenciar: vigilância e controlo institucionais sobre a prostituição feminina em Portugal. In: **Análise Social**, 184, pp. 789-810, 2007.

⁴⁵ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais**, cit., p. 334.

⁴⁶ Necessário apontar que o Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil, por meio da Portaria 397, de 09 de outubro de 2.002 (Classificação Brasileira de Ocupações), reconheceu a atividade de profissional do sexo como lícita, o que significa que os ganhos obtidos com a atividade profissional de uma prostituta deverá servir como base de cálculo para a contribuição previdenciária desta trabalhadora, pois nos

ilegalidade. Nesse sentido, trata-se de uma exploração quantitativamente extremada em relação a tantas outras formas de trabalho precarizado ou há elementos qualitativos que especificam a exploração da prostituição?

De fato, há elementos característicos da opressão de gênero que devem ser levados em consideração, conferindo à prostituição um panorama qualitativamente específico. Inês Ferreira LEITE, em um estudo do panorama social e legal da prostituição em Portugal, sintetizou os principais argumentos de correntes feministas favoráveis à abolição da prostituição:

A centenária dependência económica e social da mulher face ao homem não permite que se fale de livre opção pela prostituição; a desigualdade da mulher no acesso ao mercado de trabalho e na remuneração salarial reforça, ainda atualmente, a tendencial desigualdade e dependência da mulher, pelo que esta não é verdadeiramente livre de optar pela prostituição, por falta de alternativas; a prostituição, como uso da supremacia económica masculina sobre a integridade sexual da mulher, não pode ser vista de outro modo salvo como opressão masculina.⁴⁷

termos do artigo 12, V, h, da Lei 8.212/91, são os profissionais do sexo segurados individuais obrigatórios. Cf. MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A prostituição como forma de trabalho: uma análise para além da dogmática penal. In: **Revista de direito do trabalho**, v. 40, n. 159, p. 97-124, set./out. 2014.

⁴⁷ LEITE, Inês Ferreira. Prostituição feminismo e capitalismo no debate legalização vs. incriminação. In: **Faces de Eva. Estudos sobre a Mulher**, n. 35, p. 93-113, 2016, p. 103.

Diante dessa sorte de argumentos, o contraponto capitalista liberal soa simplista, pressupondo a liberdade irrestrita de escolha das mulheres que adentram na prostituição, negando o peso histórico e cultural de opressões que estão concretizados em desigualdades de gênero. Argumentos lastreados na responsabilidade individual (como se todos os indivíduos estivessem situados em situações idealizadas de igualdade) ou até mesmo de cunho fiscal (já que a regulamentação do mercado da prostituição corresponderia a mais uma atividade permitindo arrecadação tributária) são insensíveis à realidade do problema, pois não consideram os processos de (re)marginalização que são a regra da atividade de prostituição.⁴⁸

Inês Ferreira LEITE aponta que linhas feministas liberais defendem a legalização da prostituição, sem que isso implique a negação das condições socioculturais de domínio masculino nem da desigualdade de gênero. Prossegue a autora, com a seguinte observação:

⁴⁸ “Não sendo correta qualquer associação inevitável entre feminismo ou capitalismo e a defesa de uma solução de incriminação ou legalização, o debate deverá libertar-se de postulados dogmáticos e ideológicos e concentrar-se no respeito pelos valores constitucionais assumindo como finalidade a proteção de bens jurídicos. Relevante é saber se a proteção dos bens jurídicos da pessoa que se prostitui apenas é compatível com uma opção incriminadora ou se, pelo contrário, poderão ser encontradas soluções mais eficazes através da legalização e regulamentação.” LEITE, Inês Ferreira. Prostituição feminismo e capitalismo no debate legalização vs. incriminação. In: **Faces de Eva. Estudos sobre a Mulher**, n. 35, p. 93-113, 2016, pp. 107-108.

Se para alguns feminismos a prostituição (da mulher) é fruto da sua condição de submissão e sujeição perpétua aos apetites e dominação masculinos, para outros feminismos, é na identificação da prostituição como um comportamento desviante que se encontra o domínio masculino, revelado pela necessidade de controlo e fiscalização da sexualidade da mulher. Exemplo da categorização da mulher rebelde como prostituta como forma de controlo da sexualidade feminina encontra-se na figura mítica de Safo. Não podendo ignorar o conteúdo erótico dos poemas de Safo ou as alusões aos seus romances ou aventuras sexuais, o patriarcado moralizador encontra uma solução, classificando a poetisa como cortesã.⁴⁹

Em torno de tal debate, sempre convém ter em conta que decisões de descriminalização e/ou regulamentação pressupõem toda uma série de ponderações de ordem concreta (relacionada aos impactos e efetividades da norma). Assim, se houver um movimento de regulamentação da profissão, parece fundamental que isso ocorra de maneira inclusiva, de modo a não deixar espaços que tornem a informalidade interessante ou que permitam o florescimento de mercados paralelos.⁵⁰

⁴⁹ *Ibid.*, p. 106.

⁵⁰ Nesse sentido, o exemplo da externalidade ocorrida com a regulamentação da prostituição em alguns países: “Nos países europeus em que a prostituição está regulamentada, a cota de mercado gerida ilegalmente, ainda que muito menor, também está em expansão. Entre outras razões, isso ocorre porque as legislações que optaram pela regulamentação não preveem a possibilidade de regularização das

Além de pautas em prol da regulamentação da prostituição, é necessário verificar se as condutas relacionadas à exploração da atividade por terceiros devem permanecer criminalizadas, uma vez que, em determinadas situações, a intervenção de terceiros gerindo a atividade da profissional do sexo é uma demanda oriunda justamente dessas profissionais, as quais deliberadamente recorrem, por exemplo, a rufiões/rufiãs como forma de potencializar suas atividades como “prostitutas de luxo”⁵¹. Em tal hipótese – excepcional, é de se salientar - a noção geral de exploração parece inadequada.

Nessa análise, a ideia de vulnerabilidade desempenha um papel central. Para mais além, há que se ter como referencial o bem jurídico supostamente aviltado com a conduta. No caso do crime de rufianismo, a dignidade sexual é o bem jurídico que serve de parâmetro.

Todavia, a dignidade sexual corresponde à proteção do exercício sexual não consentido ou realizado em uma situação de opressão, mas também possui um sentido de liberdade do indivíduo de

mulheres imigrantes para o exercício da prostituição, deixando-as na ilegalidade e privadas de proteção, o que as torna mais vulneráveis à pressões e exploração.” PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas. In: **Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja**, REDUR, p. 8, 2002, p. 128.

⁵¹ Sobre o tema, cf. SILVA, Késia Aparecida Teixeira; CAPPELLE, Mônica Carvalho Alves. O trabalho na prostituição de luxo: Análise dos sentidos produzidos por prostitutas em Belo Horizonte - MG. In: **Revista de Gestão Social e Ambiental**, p. 23-39, 2017.

dispor de sua sexualidade como bem entender, o que corresponderia a uma ideia de autodeterminação sexual, desde que não ofenda bens jurídicos de terceiros. João Paulo Orsini MARTINELLI evidencia uma fundamental distinção:

Sendo o bem jurídico tutelado a dignidade sexual, ninguém melhor do que a própria pessoa para julgar aquilo que é digno à sua vida. E aqui incide a definição de exploração. São características da exploração um ganho indevido de alguém (explorador) e a situação de vulnerabilidade de outrem (explorado). Portanto, entende-se que violar a dignidade sexual é explorar o estado precário de uma pessoa cuja vontade real é de não prestar serviços sexuais. Assim, o direito penal pode atuar para assegurar a vontade real e impedir um comportamento não desejado. É fundamental, portanto, fazer a distinção entre duas formas de prostituição: a indesejada e a desejada. Indesejada é a prostituição exercida por falta de outras opções que garantam a sobrevivência da pessoa. A vontade atual entra em conflito com a vontade real por um momento de vulnerabilidade. Por outro lado, desejada é a prostituição praticada por alguém que encontra outros meios de sobrevivência, mas, por livre escolha, oferece serviços sexuais em troca de remuneração. Neste caso, trata-se de exercício da autonomia sem a ocorrência de lesão a terceiros ou autolesão. Se a pessoa sente-se digna com a

atividade, ninguém poderá negar-lhe a opção e qualquer forma de reprimenda penal mostra-se ilegítima.⁵²

A construção típica prevista no *caput* do artigo 230, “rufianismo”, é a seguinte: “Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça.” Nota-se que não há qualquer menção na descrição do tipo penal a exploração da prostituta em uma condição de vulnerabilidade.

Dessa forma, há tipicidade formal da agenciadora em uma relação absolutamente consensual entre, por exemplo, uma rufiã e uma prostituta de luxo que opta, em virtude da vultosa remuneração, por essa atividade. Este é um exemplo de como a presunção de

⁵² MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. *Op. cit.*, p. 257. Em sentido semelhante: “Se nosso Código Penal não considera a prostituição em si uma conduta criminosa, é porque atribui à mulher (maior de idade) o direito de escolher se quer se prostituir ou não, ou seja, confia que a mulher tenha o discernimento sobre a decisão de usar seu corpo para receber recompensa financeira em troca de relações sexuais. Portanto, qualquer conduta de terceiro que leve a pessoa a se prostituir, desde que por vontade própria e sem violência, grave ameaça ou fraude, não poderia ser considerada criminosa. Afinal, se o próprio Estado não proíbe a prostituição, então, é porque a permite – aval que não deixa de ser um relevante incentivo. (...) Além das múltiplas possibilidades de realização concreta dessas condutas, previstas de forma demasiadamente aberta pelo tipo penal, sua punição não passa de controle moralista e contraditório do comportamento sexual. O próprio Estado, ao não criminalizar a prostituição, ‘facilita’ a sua ocorrência.” BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e direito penal**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 161

vulnerabilidade na realidade opera como um elemento moralizante que afeta a autonomia individual das pessoas.

Nesse debate, o argumento de que uma mulher não tem o direito de comercializar seu corpo pois isso representaria uma objetificação prejudicial a todo gênero feminino não pode ser suscitado, eis que, no limite, o instrumento mais contundente de restrição de tal opção pela mulher seria justamente a criminalização da prostituição. Assim, é a liberdade de escolha da mulher que deve, no âmbito de um sistema penal despido de aspectos morais e estereotipados, ser tutelada.

A tentativa de combater a prostituição por via reflexa, punindo os agentes que a intermediam (ou o próprio consumidor final, como ocorre em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros), não se mostra adequada justamente porque na verdade não está voltada à tutela de um bem jurídico individual, mas sim de um interesse coletivo ilegítimo: a moralidade pública. Afinal, com exceção das práticas que envolvam crianças e adolescentes, ou mesmo uma prostituição forçada propriamente dita, não se está a defender a liberdade de autodeterminação da mulher, mas sim a retirar-lhe direitos, transformando-a em uma pessoa desprotegida pelo Estado.

E o tema da “quase-ilegalidade” da prostituição, tendo em vista o panorama da atividade, é essencial ao debate, sobretudo por ser justamente um elemento de vulnerabilização das profissionais⁵³. Nesse sentido, expõe Inês Ferreira LEITE:

⁵³ “A clandestinidade é madrinha da corrupção e do abuso, pelo que o legislador, ao remeter certas atividades – e correspondentes grupos sociais – para a clandestinidade,

Ao envolver o exercício da prostituição numa “redoma de clandestinidade”, incriminando todas as esferas de contacto com a mesma, o Direito promove um efeito de “contaminação de ilicitude” que, embora aparente deixar de fora a própria pessoa que se prostitui, acaba por se estender a esta, marcando-a com os seus efeitos de exclusão da sociedade, relegando-a para as faixas crimínógenas da população. Deste modo, a pessoa que se prostitui mais facilmente se identificará com as “franjas da sociedade” e mais dificilmente se identificará como um ser humano plenamente digno. Para além disso, quer a ausência da regulamentação, quer o efeito de contaminação irão, em contrapartida, deixar o espaço do exercício da prostituição livre para a intervenção de agentes ou de associações criminosas, o que vem aumentar os fatores de risco para as pessoas que se prostituem.⁵⁴

Efeitos de vulnerabilização das profissionais do sexo foram observados também em países que proibiram a prostituição⁵⁵, inclusive

é devedor de uma séria ponderação e fundamentação. Para as prostitutas, a clandestinidade é ainda hoje (...) fonte, *per se*, de tratamento abusivo e arbitrário por parte das autoridades.” LEITE, Inês Ferreira. Prostituição feminismo e capitalismo no debate legalização vs. incriminação. In: **Faces de Eva. Estudos sobre a Mulher**, n. 35, p. 93-113, 2016, p. 99.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 102.

⁵⁵ Com a constatação de piora significativa na vida das prostitutas da Suécia após a proibição, conforme o estudo de LEVY, Jay; JAKOBSSON, Pye. Sweden’s abolitionist discourse and law: Effects on the dynamics of Swedish sex work and on the lives of

criminalizando clientes da atividade. A Suécia é um exemplo dessa corrente, sendo que um estudo de 2014⁵⁶ (15 anos após a proibição da prostituição) apontou para as seguintes consequências: Diminuição considerável da prostituição de rua; aumento da quantidade de mulheres estrangeiras vítimas de tráfico para exploração sexual; manutenção das taxas de prostituição do país (com a migração da prostituição de rua para locais privados).

A partir do referido estudo, fácil notar que não houve qualquer diminuição da vulnerabilidade das profissionais do sexo na Suécia (inclusive com um efeito contrário em relação a mulheres estrangeiras traficadas para a exploração sexual). Chama a atenção o efeito higienista de retirada da prostituição das ruas, o que vai ao encontro de perspectivas moralistas, dificultando a percepção da atividade.⁵⁷

Sweden's sex workers. In: **Criminology & Criminal Justice**, v. 14, n. 5, p. 593-607, 2014.

⁵⁶ *“Prostitution in Sweden”* Disponível em <<https://www.lansstyrelsen.se/download/18.35db062616a5352a22a1d7a5/1559733783690/Rapport%202015-18%20prostitution%20in%20Sweden%202014.pdf>> Acesso em 24/02/2020.

⁵⁷ Em sentido contrário, um estudo realizado na Nova Zelândia, que regulamentou a prostituição em 2003, aponta que houve uma melhoria da condição das pessoas que se prostituem naquele país, com um incremento da proteção de tais indivíduos. Cf. o “Report of the prostitution law review committee on the operation of the prostitution reform act 2003”, disponível em <<http://prostitutescollective.net/wp-content/uploads/2016/10/report-of-the-nz-prostitution-law-committee-2008.pdf>> Acesso em 24/02/2020.

Consideradas como vítimas múltiplas – vítimas do sistema, dos intermediadores, dos clientes, de abusos sexuais na infância -, as prostitutas recebem, portanto, apenas uma proteção simbólica do Estado orientada a prevenir sua exploração, mas na verdade acabam sendo punidas quando se tornam visíveis como um perigo para a moralidade social. Sem direitos, recursos ou reconhecimento social, estigmatizadas e perseguidas sistematicamente pelas agências de controle, essas mulheres passam a viver no terreno obscuro da clandestinidade, do isolamento, da insegurança e, enfim, da exploração ilegal.⁵⁸

Parece certo que quanto mais prejudicial (quanto a danos físicos, psicológicos, sociais) e arriscada uma atividade, melhor deve ser sua regulamentação. A indiferença quanto aos riscos inerentes à prostituição só reforça que a penumbra sobre a qual se reveste a profissão é constituída pelo desprezo moralista da sociedade diante das profissionais do sexo. Se a regulamentação não parece ter um vislumbre de possibilidade diante do panorama social e político atual, seria alvissareira ao menos a descriminalização (por meio de uma melhor redação de crimes relacionados à prostituição) de condutas que não explorem mulheres em situação de vulnerabilidade.⁵⁹

⁵⁸ No mesmo sentido crítico, tratando da situação das prostitutas na Espanha, v. MAQUEDA ABREU, María Luisa. **Prostitución, feminismos y derecho penal**. Granada: Comares, 2009, p. 34 e ss.

⁵⁹ Nesse sentido, o Projeto de Lei 4211/2012, batizado de “Lei Gabriela Leite”, propõe modificações nos artigos 228, 229, 230 do Código penal, retirando as referências à prostituição em tais artigos, sem prejuízo da manutenção da ideia de “exploração sexual”. A justificativa de tal projeto de lei é a seguinte: “as modificações apresentadas

3.2 – Ação penal e violência de gênero

Um outro tema que diz respeito à discussão entre vulnerabilidade e autonomia é a criação de regras excepcionais quanto ao tipo de ação penal em crimes relacionados à violência de gênero. Dois exemplos são paradigmáticos nesse sentido: uma mudança jurisprudencial específica em casos de violência doméstica contra a mulher (ADI 4.424 de 2012); e uma mudança legal genérica, mas que afeta majoritariamente crimes que têm por vítimas mulheres (nova redação do artigo 225 do Código penal, por meio da lei 13.718/2018).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 de 2012, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello conferiu interpretação conforme à Constituição aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – “Lei Maria da Penha” –, para declarar a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes versados naquele diploma, assentando, como consequência, que o crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher em ambiente doméstico deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada.

A regra geral nas lesões corporais leves (artigo 129, *caput*, do Código penal) é que o processamento por meio de ação penal

na propositura em destaque tem os objetivos precisos de: (1) tirar os profissionais do sexo do submundo, trazendo-os para o campo da licitude e garantindo-lhes a dignidade inerente a todos os serem humanos; e (2) tipificar exploração sexual diferindo-a do instituto da prostituição, afim de combater o crime, principalmente contra crianças e adolescentes.” Vide <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829> Acesso em 21/02/2020.

condicionada a representação, o que demanda a anuência da vítima ou seu representante em ver o suposto autor sendo processado e, além disso, permite a retratação da representação até o oferecimento da denúncia (conforme a inteligência do artigo 25 do Código de processo penal).

No Acórdão da ADI 4.424, por maioria de votos, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a mulher vítima de violência doméstica deveria ter um tratamento excepcional em virtude de sua condição de vulnerabilidade e das consequências advindas desses status. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio Mello argumenta o que segue:

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.

Os argumentos desvelados em tal acórdão evidenciam a percepção da realidade de muitas mulheres submetidas às mais diversas formas de violência. A retirada do direito ou necessidade (a depender do prisma em que se observa a questão) da decisão sobre a persecução penal representou um tolhimento da autonomia sob o

argumento de incremento da proteção de tais mulheres vulnerabilizadas.

As razões que impelem uma mulher a se manter em uma relação violenta são multifárias e muitas vezes se somam em uma determinada situação concreta. Elas também interagem com características pessoais da vítima (renda, idade, escolaridade).

Nesse sentido, a tabela a seguir, elaborada em um dentre os muitos estudos sobre a temática, relacionando causas de submissão à situação da violência e escolarização de mulheres.⁶⁰

⁶⁰ A tabela é uma dentre várias elaboradas em pesquisa em Curitiba, em 2007. Teve como objetivo caracterizar o perfil da violência praticada contra mulheres residentes na Pousada de Maria, durante os anos de 1993 a 2007. Os dados foram obtidos através da análise de 886 fichas de registro das vítimas, transcritos para um instrumento construído para a pesquisa. Cf. LABRONICI, Liliana Maria et al. Perfil da violência contra mulheres atendidas na Pousada de Maria. In: **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 44, n. 1, p. 126-133, 2010.

Tabela 3 - Distribuição das mulheres que sofreram violência segundo o nível de escolaridade e os motivos para a convivência com a violência - Curitiba - 2007

Nível de escolaridade	Motivo para conviver com a violência							
	Permanecer com a família		Dependência financeira		Insegurança/ medo do agressor		Violência estrutural Falta de abrigo/emprego	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Analfabeta	14	1,58	8	0,90	7	0,79	5	0,56
Fundamental completo	125	14,11	22	2,48	20	2,26	4	0,45
Fundamental incompleto	401	45,26	62	7,00	69	7,79	16	1,80
Médio completo	13	1,47	15	1,69	10	1,13	4	0,45
Médio incompleto	11	1,24	12	1,35	13	1,47	2	0,23
Superior completo	2	0,23	0	0,0	0	0,0	0	0,0
Superior incompleto	5	0,56	2	0,23	0	0,0	0	0,0
Total	571	64,45	121	13,65	119	13,44	31	3,49

A tabela acima é anterior à jurisprudência do STF que tornou a lesão corporal contra a mulher em situação de violência doméstica um delito que se processo mediante ação penal pública incondicionada. Cabe avaliar se movimentos de recrudescimento penal, com a retirada da autonomia de decisão da mulher (excepcionando-a da regra geral) de fato contribuem para a superação de tais razões, propiciando uma emancipação da mulher daquela situação violenta ou, objetivamente, fazendo cessar, por vias de dissuasão ou inocuização, a ação do agressor.

Estudos nesse sentido são fundamentais para demonstrar que a decisão jurisprudencial se mostrou acertada, ainda que tenha um claro componente de paternalismo de bem estar (que, como visto, é, excepcionalmente, legítimo). Do contrário, tratar-se-á de mais um

exemplo de presunção de vulnerabilidade que resultou em um entendimento de restrição da autonomia sem a contrapartida do benefício ao sujeito da medida paternalista.

MAQUEDA

Sobre esse tema, é necessário observar, em primeiro lugar, que a violência contra a mulher está tão profundamente presente na sociedade a ponto de ser em certos aspectos naturalizada, ou, quando mais grave, silenciada no âmbito do espaço doméstico, permanecendo oculta em grande número dos casos. Nesse sentido, uma das grandes lutas travadas desde o último século por grupos feministas relaciona-se justamente à busca da transformação da discussão, antes tomada como privada, em uma questão pública, justamente por se entender que a violência baseada no simples fato de ser mulher interfere significativamente no exercício dos direitos de cidadania e na qualidade de vida de mulheres no mundo todo, limitando seu pleno desenvolvimento como sujeitos humanos constituintes da sociedade.

Diante de tais demandas, vários países têm se articulado no sentido de assinar pactos e convenções internacionais e de colocar em prática políticas públicas de enfrentamento da violência contra a mulher. No caso brasileiro, a mudança mais marcante nesse sentido constitui sem dúvida a denominada Lei Maria da Penha (Lei Federal n. 11.340/2006), reconhecida pela Organização das Nações Unidas como uma das três melhores legislações do mundo no controle dessa forma de violência. Na mesma linha, a Lei Federal n. 13.104/2015, conhecida como Lei do Feminicídio, representou um

passo importante no reconhecimento da violência contra a mulher, ao introduzir o feminicídio como qualificadora do homicídio doloso.

Porém, apesar dos reconhecidos avanços legais mencionados, o Brasil classifica-se atualmente como o quinto país com mais mortes femininas, com a taxa de 4,8 homicídios de mulheres por 100 mil habitantes (74% maior do que a média mundial), conforme o ranking mundial elaborado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

Quando o feminicídio decorre de violência doméstica, corresponde em geral ao desfecho de uma série de outras violências já experimentadas durante a convivência com o agressor, mas que muitas vezes a mulher não noticia formalmente ao Estado. Nesse sentido, uma pesquisa conduzida pelo Núcleo de Gênero do Ministério Público do Estado de São Paulo sobre denúncias oferecidas por mortes violentas de mulheres entre março de 2016 e março de 2017 e revelou que apenas 4% das vítimas tinham já registrado antes um boletim de ocorrência contra o agressor.⁶¹ Observa-se, então, que as mulheres vítimas de violência de gênero possuem dificuldade e/ou resistência para acessar os órgãos de segurança pública, o que traz reflexões importantes.

Estando a violência contra a mulher inserida no contexto de uma cultura patriarcal e machista que permeia nossa sociedade em

⁶¹ Cf. relatório da pesquisa “Raio x do feminicídio em São Paulo. É possível evitar a morte”, disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/RaioX_FeminicidioC.PDF

todos os seus âmbitos, é necessário considerar que para além de suas formas diretas (violência física, violência psicológica, violência patrimonial e a violência sexual), a mulher também sofre outras formas de violência latente na sociedade, relacionadas ao determinado papel que lhe é atribuído e que deve ser seguido.

Justamente por isso, não se pode esperar que a mulher vítima de violência busque a tutela do Estado, seja por conta de sua vulnerabilidade econômica, seja em razão da falta de uma rede de apoio no âmbito de uma sociedade machista. O processo de enfrentamento da violência é particularmente difícil e tortuoso, exigindo sensibilidade, cuidados e informações muito precisas. Nesse sentido, a grande questão concreta não está na notícia da prática do crime ao Estado, por si mesma, mas no efetivo encaminhamento que se dê ao caso, inclusive para além da esfera penal. Nesse processo, constituem dúvidas comuns – e legítimas – das mulheres: “Como será meu o futuro e de meus filhos? Como serei tratada pela polícia e pelo Judiciário? Como a sociedade e família vão reagir à minha iniciativa?”

Evidente que a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio materializam importantes conquistas dos movimentos feministas, representando o reconhecimento institucional da violência contra a mulher. De fato, fomentar a discussão é fundamental para impulsionar a adoção de políticas públicas e transmitir uma mensagem social sobre a especial gravidade e reprovação de tais condutas. Por outro lado, há dúvida sobre o nível de maturidade na discussão atual, sendo especialmente questionável se as demandas e objetivos das mulheres podem ser alcançados por meio do uso prevalente do sistema penal (marcado pela desigualdade, seletividade, racismo e machismo) como resposta à violência de gênero.

A despeito do sistema penal constituir um dos mais poderosos instrumentos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão, sabidamente ineficaz como meio indutor de políticas públicas ou de transformação social, insiste-se em sua utilização prevalente em razão do simbolismo da reação punitiva, que é apto a gerar uma falsa sensação de satisfação e segurança social.

Há uma ideia equivocada de que o problema da violência contra a mulher decorre de desvios pessoais do agressor, e não de questões estruturais mais profundas, e de que a punição de alguém levará a uma solução satisfatória, impedindo que se busquem outras soluções mais adequadas ao problema.

Diante de tais razões, a simples consideração da ação penal nos casos de lesão corporal contra mulher como sendo de iniciativa penal pública incondicionada, para além de não resolver o problema da vulnerabilidade das vítimas, potencializa uma visão estereotipada da mulher como ser frágil e incapaz, impedindo-a de buscar soluções concretas à situação que vivencia.

Nesse sentido, um exemplo de boa alternativa para reduzir a vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica talvez não esteja no sistema de justiça criminal, mas sim na adoção de políticas públicas voltadas ao estímulo ao empoderamento sócio-econômico feminino. Aí se chega a uma constatação paradoxal e estarrecedora: embora o Estado ostenta um especial interesse na tutela das mulheres vítimas de violência doméstica por meio do sistema de justiça criminal, o orçamento reservado ao programa de proteção da mulher em 2019 foi o menor desde sua criação, em 2012.

Observa-se, portanto, que a ideia de que a violência contra a mulher é um assunto público foi levada às últimas consequências, por

meio de uma colonização legal que é apta a privar-lhe do controle sobre suas necessidades e da autonomia de suas decisões vitais, sem oferecer uma solução concreta e adequada ao problema.

O segundo exemplo de restrição da autonomia, dessa vez por modificação legal, é a transformação de todos os crimes do capítulo I e II do título VI (crimes contra a dignidade sexual) em delitos de ação penal pública incondicionada, conforme a nova redação do Artigo 225 do Código penal, advinda com a Lei 13.718/2018.⁶²

Em tal panorama e exemplificando, um crime de estupro (nos termos do artigo 213 do Código penal) contra uma mulher adulta era de ação penal pública condicionada à representação até 2018. Desde então, não cabe a vítima (leia-se, em regra geral, a mulher) decidir se deseja ver o autor do estupro processado.

A resposta (“é claro que toda vítima deseja ver seu estuprador processado e condenado”), aparentemente óbvia, possui algumas peculiaridades que fogem ao senso comum.⁶³ Não à toa, é enorme a cifra oculta estimada nos crimes sexuais⁶⁴. Dentre tais razões

⁶² “Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada”.

⁶³ Para uma análise de tais peculiaridades, cf. RIBEIRO, Pedro Matheus Martins. **Baixa comunicação do crime de estupro no Brasil: a cifra negra e a estigmatização da vítima**, pp. 36 e ss. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/58054/PEDRO%20MATHEUS%20MARTINS%20RIBEIRO.pdf>> Acesso em 25/02/2020.

⁶⁴ O IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) estimou, em estudo de 2014, que apenas 10% dos crimes sexuais ocorridos no Brasil são reportados, o que significa, por conseguinte, uma cifra negra da ordem de 90%. Cf. BRASIL, Instituto de

que escapam à obriedade, pode-se mencionar o *streptus judicii* (traduzível como escândalo do processo) que corresponde à exposição não só do autor do crime, mas também da vítima. Tal fenômeno ganha contornos ainda mais impactantes em crimes sexuais, em um panorama de cultura de estupro, culpabilização da vítima e de violências institucionais. Diante de todo esse caldo de cultura, chega-se à estarrecedora constatação de que mulheres optam por silenciar diante de crimes sexuais, com o temor de que o processo criminal acabe por se tornar um expediente de culpabilização da vítima em vez da punição do infrator.

Nota-se, portanto, que houve uma supressão da autonomia da vítima, com a transformação do estupro em crime de ação penal pública incondicionada, sem medidas que permitam uma diminuição efetiva da vulnerabilidade da mulher antes e após a ocorrência do crime sexual. É dizer, de que adianta os crimes sexuais passarem a ser incondicionados, se o processo de culpabilização da vítima, a cultura do estupro e a vitimização secundária (em razão da ineficiência da prestação estatal) continuam sendo a tônica do cenário da criminalidade sexual? Sem mudanças nesse panorama, a restrição da autonomia da vítima parece figurar como uma medida ilegítima, paternalista e inócua.

Portanto, sujeitar uma vítima de estupro obrigatoriamente a um sistema de justiça criminal estruturalmente androcêntrico e patriarcal significa revitimizá-la de forma cruel e inadmissível. Esse

tratamento dispensado às mulheres como vítimas de estupro, aliado ao caráter público incondicionado da ação penal nessa hipótese, acaba reforçando uma mensagem intimidatória bastante difundida, ainda que de forma velada, na tradição machista: melhor não levar essa questão ao conhecimento formal do Estado, melhor não buscar a punição do responsável, sob pena se perder o controle do processo penal, que terá como destino provável a culpabilização da própria vítima.

Nesse sentido, relevante destacar o emblemático caso de estupro recentemente julgado pela justiça criminal de Santa Catarina, no qual, durante audiência de instrução, a vítima foi agressivamente interrogada pela defesa, sendo questionada diretamente sobre seu comportamento moral/sexual a partir do modo de se vestir e de fotos divulgadas em redes sociais, chegando a ser, inclusive, expressamente ofendida, sob os olhares neutros e coniventes do magistrado e do membro do Ministério Público que acompanhavam o ato, o que se revela intolerável em sistema de justiça correspondente a um Estado Democrático de Direito.⁶⁵

Cabe, de todo modo, apontar que a transformação de todos os crimes sexuais dos capítulos I e II do título VI do Código penal trouxe uma vantagem de ordem prática: o prazo decadencial de 6 meses após o conhecimento do autor do fato para a oferta da representação não mais persiste. Em virtude do caráter de ação penal

⁶⁵ Cf. notícia e gravação em vídeo da audiência disponíveis em <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>.

pública incondicionada, os prazos prescricionais dos delitos operam sem a representação como condição de procedibilidade.

É certo que em crimes sexuais, muitas vítimas levam anos para conseguirem denunciar os agressores. Em tais casos, nos delitos que eram processados mediante representação, ter-se-ia operado a decadência. No entanto, pensando no cotejo entre autonomia e vulnerabilidade, uma saída dogmática mais inteligente do que a transformação em crimes incondicionados poderia ser a criação de prazos decadenciais mais alongados nos casos de crimes sexuais (por exemplo, um lapso temporal para a representação que fosse correspondente à metade da prescrição em abstrato do delito sexual). Dessa forma, a regra prescricional não seria afetada e haveria mais tempo para que a vítima ofertasse (ou não, eis que ela ainda teria a autonomia para tanto) a representação.

4. CONCLUSÕES

O Direito penal está construído sobre uma raiz androcêntrica, a partir de um olhar patriarcal, muito embora sua conformação busque denotar uma percepção de neutralidade, lastreada, sobretudo, na noção de isonomia formal.

Isso não significa dizer que não há normas direcionadas à mulher (como autora ou vítima de delitos), mas sim que tais normas especificamente voltadas à mulher (usualmente e anacronicamente entendida em um sentido biológica) são construídas a partir de uma percepção masculina, inclusive quanto à expectativas de

comportamento ideal da mulher e mais além, a partir de uma figura feminina idealizada dentro de uma ótica moralizante.

Pode-se, assim, afirmar que o Direito penal reproduz as relações de poder existentes na sociedade (raça, classe e gênero), contribuindo para o reforço dos controles informais que operam sobre as mulheres. Nesse sentido, as normas patriarcais protetivas da mulher são precipuamente voltadas para uma moral (coletivizada) do que para a dignidade e autonomia (individual) da mulher. Desta feita, uma mirada a partir da perspectiva de gênero para todo arcabouço penal é uma necessidade de primeira ordem.

Tal mirada em nada significa a necessidade de um recrudescimento penal, sob a alegação de que o gênero feminino não está adequadamente protegido pelo Direito penal, haja vista que proteger adequadamente não corresponde a aumentar o rigor penal, sendo inclusive possível pensar na diminuição do escopo penal como forma de possibilitar um incremento da autonomia feminina.

Ocorre que em um plano ideológico diametralmente oposto aos influxos patriarcais e conservadores (que há séculos protagonizam as decisões legislativas e, portanto, a política criminal brasileira), setores de grupos progressistas (por exemplo, algumas correntes feministas) demandam respostas penais para causas legítimas que acabam por afrontar a autonomia individual de mulheres, sob o argumento de que elas estão em uma situação de vulnerabilidade. Tal perspectiva, que opera a partir de presunções generalizantes de vulnerabilidade acaba por conferir a tais demandas um caráter paternalista que tangencia justamente o *status quo* patriarcal.

Fundamental, portanto, pensar na vulnerabilidade sem cair em presunções generalizantes, até porque é certo que o poder da

linguagem é muito bem reconhecido no que concerne a criar novas realidades e formas particulares de localizar posições pessoais. Palavras podem estigmatizar negativamente pessoas e usar “vulnerável” ou “vulnerabilidade” como um elemento descritivo pode obscurecer as valências individuais que visam a fazer frente a tais situações.⁶⁶

Como toda e qualquer categorização, as etiquetas diferenciadoras a partir do crivo do sexo ou gênero atuam nublando idiosincrasias do sujeito. Se assim o é, uma proposta de mirada do Direito penal a partir do gênero deve estar evidentemente orientada a corrigir vulnerabilidades que foram impostas ao longo da história às mulheres, mas sem com isso, fragilizar a autonomia individual de cada uma dessas mulheres.

Tal tarefa, como visto, é das mais complexas. Todavia, a superação do silêncio (disfarçado de neutralidade) do Direito penal quanto às perspectivas de gênero já representa uma evolução em tal caminhada. Como efeito do rompimento do silêncio, é de se esperar que surjam vozes dissonantes quanto aos meios de alcance de propósitos comuns. Tais vozes correspondem a correntes que lutam pelos direitos das mulheres. E tanto mais forte elas ecoarão quanto mais sensíveis forem na tarefa de ouvir e perceber que demandas penais de todo um grupo só são legítimas se observarem o anteparo da autonomia de cada indivíduo.

⁶⁶ JACKSON, Debra *et al.* Revisiting the concept of vulnerability: recognising strength and resilience in the context of risk and susceptibility. In: **Contemporary Nurse**, 42 (2), pp. 142-144, 2012.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. **“Ela não mereceu ser estuprada”**: a cultura do estupro nos casos penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?. In: DORA, Denise Dourado (Coord.). **Feminino, masculino**: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Editora Sulina, 1997, p. 105- 130. p. 119.

BARATTA, Alessandro. El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. In: BIRGIN, Haydée (org.). **Las trampas del poder punitivo**. El género del derecho penal. Buenos Aires: Biblos, 2000.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERTOLOZZI, Maria Rita *et al.* Os conceitos de vulnerabilidade e adesão na Saúde Coletiva. In: **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 43, n. SPE2, p. 1326-1330, 2009.

BONET ESTEVA, Margarita *et al.* Derecho penal y mujer¿ debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género? In: **Derecho, género e igualdad**: Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas, p. 27-38, 2010.

BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e direito penal**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BUTLER, Judith. El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad. Tradução de María Antonia Muñoz, Barcelona, Paidós, 2017, p. 58.

CASTEL, Robert. **La inseguridad social**: ¿qué es estar protegido? Buenos Aires: Editorial Manantial; 2004.

COPELLO, Patricia Laurenzo. Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, vol. 21-21, 2019.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. **University of Chicago Legal Forum**, v. 1989, Iss. 1, art. 8. Disponível em <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>>.

DAVIS, Angela. **Mulher, raça e classe**. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELOR, Francois; HUBERT, Michel. Revisiting the concept of 'vulnerability'. In: **Social science & medicine**, v. 50, n. 11, p. 1557-1570, 2000.

DENNO, Deborah W. Gender, crime, and the criminal law defenses. In **Journal of Criminal Law & Criminology**, v. 85, p. 80, 1994.

FEINBERG, Joel. **Harmless wrongdoing**. Nova Iorque: Oxford. 1987.

FUZIGER, Rodrigo. **Direito penal simbólico**. Curitiba: Juruá, 2015.

HOGAN, Daniel J.; MARANDOLA JR, Eduardo. Para uma conceituação interdisciplinar da vulnerabilidade. In: **Novas metrópoles paulistas: população, vulnerabilidade e segregação**. Campinas: Nepo/UNICAMP, 2006.

JACKSON, Debra et al. Revisiting the concept of vulnerability: recognising strength and resilience in the context of risk and susceptibility. In: **Contemporart Nurse**, 42 (2), pp. 142-144, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda punitiva. In: **Discursos Sediciosos: Crime, Direito, Sociedade**, nº 1, ano 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 79-92.

LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007.

LARRAURI, Elena. (Dir.) **Mujeres, Derecho Penal y Criminología**. Madri: Siglo XXI, 1994.

LEITE, Inês Ferreira. Prostituição feminismo e capitalismo no debate legalização vs. incriminação. In: **Faces de Eva. Estudos sobre a Mulher**, n. 35, p. 93-113, 2016.

MACKINNON, Catharine. **Feminismo inmodificado**. Discursos sobre la vida y el derecho. Tradução de Teresa Beatriz Arijón, Buenos Aires: Siglo XXI, 2014, p. 58.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. **Prostitución, feminismos y derecho penal**. Granada: Comares, 2009.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. **Razones y sin razones para una criminología feminista**. Madrid: Dykinson, 2014.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. In **Revista de Direito Penal e Processo Penal Unianchieta**, v. 1, n. 1, p. 31-52, 2019.

_____. João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, Direito e Autonomia: Um Ensaio Sobre o Sujeito de Direito. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 71, p. 641, 2017.

MEYER, Dagmar Estermann *et al.* Vulnerabilidade, gênero e políticas sociais: a feminização da inclusão social. In: **Revista Estudos Feministas**, v. 22, n. 3, p. 885-904, 2014.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (Dir). **Mujer y derecho penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?** Barcelona: J. M. Bosch, 2019.

MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. O marco conceitual da vulnerabilidade social. In: **Sociedade em Debate**, v. 17, n. 2, p. 29-40, 2012.

MORGANTE, Mirela Marin; NADER, Maria Beatriz. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: **Anais do XVI Encontro Regional de História da ANPUH**, 2014.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A prostituição como forma de trabalho: uma análise para além da dogmática penal. In: **Revista de direito do trabalho**, v. 40, n. 159, p. 97-124, set./out. 2014.

OVIEDO, Rafael Antônio Malagón; CZERESNIA, Dina. O conceito de vulnerabilidade e seu caráter biossocial. In: **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, v. 19, p. 237-250, 2015.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas. In: **Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja**, REDUR, p. 8, 2002.

PHETERSON, Gail. Salas de espera del estado: mujeres embarazadas y prostitutas. **Política y sociedad**. V. 46, n. 1 y 2, 2009.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou “cortesias”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

PITCH, Tamar. **Un derecho para dos**. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidade. Tradução de Cristina García Pascual. Madri: Trotta, 2000.

RICOEUR, Paul. **Lo justo**: estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada. Madrid: Trotta; 2008.

ROA AVELLA, Marcela. Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante, In: **Nova et Vetera**, Vol. 21, no 65, pp. 49-70, 2012.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: **Estudos de direito penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. pp. 31 e ss.

SEVERI, Fabiana Cristina. Direitos humanos das mulheres e a transversalidade de gênero no sistema de justiça. **Revista de Estudos Jurídicos**, a. 15, n. 22, 2011.

SILVA, Késia Aparecida Teixeira; CAPPELLE, Mônica Carvalho Alves. O trabalho na prostituição de luxo: Análise dos sentidos produzidos por prostitutas em Belo Horizonte - MG. In: **Revista de Gestão Social e Ambiental**, p. 23-39, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TOLDEO, Patsilí. **Femicídio/feminicídio**. Buenos Aires: Didot, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 2013.

ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira. Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad. In: **Ius et Praxis**, v. 24, n. 3, p. 209-254, 2018.