

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

SILVANA BELINE TAVARES

DOUGLAS ANTÔNIO ROCHA PINHEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

G326

Gênero, sexualidade e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Douglas Antônio Rocha Pinheiro; Silvana Beline Tavares - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-456-3

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Discriminação. 3. Exclusão de gênero.
4. Movimento feminista. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

Diante do tema “Direito e desigualdades: o papel do Direito nas políticas públicas”, que orientou o XXVI Encontro Nacional do Conpedi, um Grupo de Trabalho (GT) que reflita sobre questões relativas a “Gênero, sexualidades e direito” tem importância fundamental. Afinal, o constitucionalismo, o desenho estatal e a efetivação dos direitos não são neutros em relação às identidades de gênero, à orientação sexual e à vulnerabilidade dos corpos, fazendo com que o desvelamento de seu caráter viriarcal e heternormativo seja um primeiro passo para a construção de relações sociais de inclusão e reconhecimento.

Tal reflexão é ainda mais urgente em momentos de crise econômica e políticas de austeridade. Embora já se tenha afirmado que as crises econômicas deste século geram, no curto prazo, um impacto maior sobre os postos de trabalho ocupados por homens – razão por que se disseminou a expressão he-cession para caracterizar tal recessão – diversos estudos têm comprovado que, no médio e longo prazo, as mulheres são as mais afetadas, tanto na perspectiva do trabalho formal quanto informal.

O motivo disso pode ser encontrado no mercado, no Estado e nas próprias famílias delineadas segundo uma concepção androcêntrica. O mercado, diante da retração dos postos de trabalho, substitui aos poucos a mão-de-obra feminina pela masculina. O Estado reduz sua política de bem-estar social e transfere para as famílias o custo da reprodução e do auxílio às crianças, aos idosos e às pessoas com deficiência. Por fim, as famílias sobrecarregam as mulheres, fazendo-as assumir diversas funções sobrepostas como alternativa de readequação do orçamento familiar.

Nesse mesmo momento histórico, pessoas LGBT’s são privadas de políticas de saúde, de garantia de acesso ao mercado de trabalho, de integridade física, de afirmação da sua própria identidade. O discurso da meritocracia do Estado mínimo, contrário às ações e aos programas sociais que buscam tornar equânimes as vozes da polifonia social, esconde a prática hetero/andro/pigmentocrática reforçada há anos pelos fatores reais de poder. A responsabilidade do Estado por um direito historicamente normativo não se reduz por escassez orçamentário-financeira, principalmente quando ela pode afetar o mínimo existencial das pessoas titulares de direito.

Obviamente, nem todos os corpos sofrem a crise e a recessão do mesmo jeito. A discriminação interseccional, que sobrepõe camadas de exclusão por motivos étnico-raciais, de gênero, de classe, mostra porque é preciso garantir que as várias vozes oprimidas se expressem. Ninguém pode falar pelo subalterno. Assim, a importância do Grupo de Trabalho tem se mostrado cada vez maior: além de serem objeto das pesquisas, cada vez mais mulheres e pessoas LGBT's tem assumido as rédeas dessas próprias pesquisas, apontando falhas nas premissas conceituais, nos marcos teóricos, nas metodologias do direito, além de avançar na construção de um novo “feminist legal”, ou mesmo, de um “queer legal”.

No GT “Gênero, sexualidades e direito I” várias foram as preocupações apontadas que podem ser agrupadas em três linhas. Na primeira delas, a que chamamos “Mulheridades, movimentos sociais e direito”, os trabalhos refletiram sobre a desigualdade e a binariedade institucionalizadas, a importância do movimento feminista para a construção de políticas públicas, as desigualdades de gênero no próprio Poder Judiciário, bem como a seletividade androcêntrica que gera exclusões de gênero em vários subsistemas e, especialmente, no jurídico.

Na segunda delas, denominada “Diversidade, dignidade e direito”, os artigos questionam as políticas de inclusão de pessoas LGBT's no âmbito municipal, a inclusão da pessoa transgênero no mercado de trabalho, a patologização da transexualidade e as consequências dessa estigmatização, o direito de retificação de nome em caso de transexualidade e o processo de discussão imagética do processo identitário de pessoas trans a partir do cinema.

Na terceira e última linha de discussão, intitulada “Gênero, justiça e estruturas de poder”, as apresentações debateram sobre a criminalização pelo gênero, a disseminação não autorizada de imagens na perspectiva feminista, a invisibilização da violência contra a mulher no contexto da prostituição e a violência/discriminação interseccional.

O presente livro, situado no tempo e na história, sempre será um registro das preocupações que tem perpassado a Academia neste momento. Mais que isso, porém, ele espera contribuir no processo efetivo de emancipação de grupos excluídos, provocando o debate argumentativo sobre as questões naturalizadas de exclusão de identidade de gênero e orientação sexual. As subalternas falam – que o direito se abra ao diálogo inclusivo.

Organizadores:

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares - UFG

Prof. Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro - UnB

A MULHER E O DIREITO PENAL: A CRIMINALIZAÇÃO PELO GÊNERO
WOMEN AND CRIMINAL LAW: CRIMINALIZATION BY GENDER

Marcela Siqueira Miguens
Rodrigo De Souza Costa

Resumo

O modelo estrutural de subordinação da mulher é característica de grande parte das sociedades, não sendo incomum a objetificação a elas imposta. Isto é perceptível quando se observa as relações do direito penal com a mulher, como por exemplo quando ela é colocada na condição de sujeito ativo dos crimes. O presente trabalho abordará as situações em que a condição específica de gênero se colocou como determinante na configuração típica, ou, ainda que não presente de forma expressa no texto legal, as hipóteses em que a essência se deu em razão deste motivo.

Palavras-chave: Direito penal, Gênero, Mulher, Criminalização, Código penal

Abstract/Resumen/Résumé

The structural model of women's subordination is characteristic of most societies, and the objectification imposed on them is not uncommon. This is noticeable when one observes the relations of the criminal law with the woman, as for example when she is placed in the condition of perpetrator of the crimes. This paper will deal with the situations in which the specific gender condition was placed as a determinant in the typical configuration, or, even though not expressly present in the legal text, the hypotheses in which the essence occurred because of this reason.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Gender, Woman, Criminalization, Criminal code

Introdução

É possível notar como característica dos ordenamentos jurídicos de forma geral, da maneira como se têm configurado, a colocação da mulher em um determinado espaço secundário, ou mesmo a reserva de espaço algum nessa seara. O modelo estrutural de subordinação é marca de grande parte das sociedades, não sendo incomum a objetificação imposta às mulheres. Valores como a obediência devida ao homem/marido se destacam neste contexto, com a assunção de papéis correspondentes aos estereótipos socialmente aceitos e esperados.

Como reflexo e também como catalisador de mudanças sociais, o direito, de forma mais ou menos explícita, acaba por retratar a trajetória das mulheres nesse árido cenário e a paulatina conquista de direitos. Mesmo que vagarosa, a emancipação jurídica da mulher, a conquista de seu espaço como detentora de direitos, bem como a possibilidade de exercê-los de forma irrestrita, acaba por provocar uma ruptura nas tradicionais estruturas de organização da família, culminando no início do declínio das sociedades patriarcais.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar algumas mudanças que podem ser observadas no tratamento dado pelo ordenamento jurídico em relação à posição a ser ocupada pela mulher como sujeito de direitos, especialmente sob a perspectiva do direito penal. A história de repressão ao gênero feminino pode ser associada ao momento de sedimentação do direito penal como organização verticalizada do poder punitivo.

Esta digressão não tem qualquer pretensão de se propor a um retorno tão extenso às origens basilares do poder punitivo, serve antes como símbolo de como é possível encontrar na raiz desse poder uma estrutura de opressão e dominação de gênero. Desta forma se iniciou o processo de consolidação do direito penal.

O presente trabalho não tem por objetivo o esgotamento do tema, optando, como marco temporal, por tratar da evolução experimentada nas últimas décadas, tendo por base a promulgação do Código Penal de 1940.

Em que se pese ser um tema extremamente profícuo, não será realizado o exame do tratamento imposto à mulher nos diplomas penais antecedentes, o que por si só poderia consistir em objeto de uma pesquisa à parte. O Brasil teve, na história do seu direito penal, codificações que certamente poderiam ser analisadas sob esta premissa, todas elas calcadas em bases patriarcais e androcêtricas.

Desta maneira, não serão examinadas as Ordenações do Reino, ainda que vigentes em território nacional por mais de três séculos, o Código Criminal de 1830, ou o Código Penal de

1890, bem como as alterações e reformas durante este período e a subsequente Consolidação das Leis Penais, de 1932. Isto porque, apesar da reforma da parte geral ocorrida em 1984 e das variadas modificações sofridas, o nosso Código Penal vigente ainda é o de 1940.

O Código Penal de 1940, em sua parte especial, respeitou a estrutura encabeçada pelos delitos contra a pessoa, ou seja, iniciando a tutela pela a proteção dos bens jurídicos individuais. É essencialmente nesta parte especial que serão buscadas e levantadas as interseções entre o direito penal e as considerações da mulher como sujeito de direitos. Pontualmente, serão tratados alguns tipos penais que fazem ressaltar as distinções de gênero sobremaneira acentuadas na redação original de 1940, bem como as alterações que as mudanças sociais e conquistas de direitos das mulheres promoveram ao longo das décadas subsequentes.

Assim, se apresentarão alguns tipos penais capazes de demonstrar as relações do direito penal com a mulher, colocando-a na condição específica de sujeito ativo dos delitos previstos no Código Penal vigente. Serão destacados aqueles em que essa condição específica de gênero se torna determinante na configuração típica, ou, ainda que não se faça presente de forma expressa no texto legal um critério indicativo do gênero da vítima, serão destacadas aquelas hipóteses em que a *ratio essendi* da norma penal se dá em razão deste motivo.

1. A mulher como sujeito ativo dos delitos

O direito penal no que se refere as suas relações específicas com o gênero feminino, pode ter seu processo de consolidação e permanência associado à criação ou aplicação de mecanismos, junto aos demais ramos do direito, que pudessem garantir à mulher a ocupação de um papel social limitado, restrito as funções de mãe e esposa.

Neste tópico, procura-se analisar, sem revisar legislações pretéritas, mas limitando-se ao Código Penal de 1940 – seus tipos que no caso ainda são vigentes – as situações em que o direito penal optou por criminalizar direta e de forma específica a mulher. Esta criminalização do sujeito ativo destacando sua condição de mãe, mulher, em última, seu gênero, não se dá no sentido oposto. Ou seja, não há qualquer crime que preveja a punição somente do homem, marido, pai.¹

Estas criminalizações da mulher aqui abordadas se traduzem nos delitos de infanticídio, aborto (na modalidade autoaborto), exposição ou abandono de recém-nascido, podendo se notar um traço comum bastante evidente, a ruptura com o ideal materno, a negação da maternidade por parte da mulher.

¹ Exceção se fazia quando o estupro se configurava somente com a realização da cópula vaginal, sendo somente possível ser o homem o sujeito ativo do delito.

Em alguns dos casos, trata-se mesmo de um tratamento mais brando ao se incidir nestes tipos penais, como punir o infanticídio, no lugar do homicídio. Ou também no caso de exposição ou abandono de recém-nascido. Mas é interessante notar que esse tratamento mais benéfico encontra suas raízes em uma honra sexual que a mulher teria a ser protegida, uma prole ilegítima indesejada que é abandonada – no primeiro crime substituída por razões fisiológicas, no segundo, ainda subsistente.

Por certo, as penas em que incide a mulher ao praticar o aborto são menores do que as penas atribuídas ao terceiro que eventualmente realizar o procedimento, mas a própria criminalização desconsidera questões como a autonomia sobre o próprio corpo, a o desserviço da proibição ao se constatar as taxas de abortos ilegais, os índices de mortalidade materna, entre outras questões relacionadas aos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres.

Também será exposto o crime que, apesar de não especificar gênero, foi pensado em sua origem a partir de um sujeito ativo determinado, a prostituta – que é o crime de perigo de contágio de moléstia venérea. Um tipo um tanto quanto anacrônico, mas que remanesce em nossa legislação. Posteriormente, será considerada a mulher na posição contrária, a de vítima dos delitos, nesta proposta de estabelecer as relações entre o direito penal e o gênero feminino, considerando o Código Penal de 1940 e suas alterações.

1.1. Infanticídio

Um crime que trata especificamente da mulher como sujeito ativo é o delito de infanticídio. Tradicionalmente, o infanticídio era tratado considerando a atuação da mulher em virtude da *honoris causa*, o motivo de honra, que conferia o tratamento mais benigno dado pelo direito penal. Em verdade, este tratamento mais brando surge no século XIX, tendo como pioneiro no campo legislativo, o Código Penal austríaco de 1803. Assim, a mulher ou parentes que praticassem o infanticídio por motivo de honra, teriam a punição abrandada, como um *homicidium privilegiatum*. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, p. 240-241).

Beccaria, que assim como Feuerbach, representou a expressão deste pensamento humanista do século XVIII, na sua mais famosa obra, *Dos delitos e das penas*, assim colocava:

O infanticídio é ainda, o efeito quase inevitável da terrível alternativa em que se encontra uma desgraçada, que apenas cedeu por fraqueza, ou que sucumbiu aos esforços da violência. De um lado a infâmia, de outro a morte de um ente incapaz de avaliar a perda da existência: como não haveria de preferir esta última alternativa, que subtrai à vergonha, à miséria, juntamente com o infeliz fruto? (BECCARIA, 2003, p. 92)

A legislação vigente utilizou outro critério para o tratamento penal do infanticídio, que é mais brando do que o homicídio, mas justificado pela influência fisiológica que estado puerperal pode causar. Este critério não faz distinção entre a gravidez legítima ou ilegítima, mas fundamenta o abrandamento nas perturbações fisiopsíquicas sofridas pela mulher durante o parto, causadas por uma combinação de eventos, como as dores, perda de sangue, esforço muscular, que atenuam a sua imputabilidade (FRAGOSO, 1962, p. 65).

Maggiore, citado por Hungria para fundamentar o abandono pelo código vigente da *honoris causa* como motivo do tratamento penal mais benigno ao infanticídio, afirmava que a conduta de quem mata o filho nestas circunstâncias seria imoral e abjeta. Segundo o jurista, haveria algo maior do que a honra, que seria o “instinto da maternidade”, “o dever de devotamento para com o próprio filho”. A mulher vencedora deste instinto e descumpridora deste dever não seria merecedora de indulgência (HUNGRIA; FRAGOSO, p. 253).

Assim, é de se notar que o código penal vigente, ao abstrair a honra da mulher que mata o filho concebido fora dos laços matrimoniais, representa, em certa medida, um avanço sobre legislações anteriores, uma vez que a manutenção desta motivação poderia levar a um anacronismo mesmo para os parâmetros sociais de 1940.

Contudo, é possível perceber que há um elemento moral muito evidente na fundamentação desta opção legislativa. Não se critica aqui especificamente o abandono do fundamento baseado na *honoris causa*, que parece acertado. O que se pretende ressaltar é como está imiscuído na própria construção do tipo penal o papel social atribuído à mulher, ser que seria dotado de um instinto maternal, sendo que a torpeza da mãe que mata sua própria prole não poderia ser atenuada sob hipótese alguma – que não uma alteração fisiopsíquica.

1.2. Aborto

Hungria relata brevemente o processo de criminalização do aborto, posto que durante a maior parte da história da civilização o produto da concepção era considerado como parte do corpo da gestante, não havendo punição para a provocação da interrupção da gravidez, a menos que houvesse violência. Assim o dispunha a lei mosaica, punindo somente os casos em que a mulher grávida fosse ferida.

Na antiguidade Grega, também era comum a interrupção da gravidez. Em Roma, as leis das XII Tábuas e as leis da República tampouco cuidavam do aborto. Posteriormente (séculos II e III), o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole. Assim, a criminalização e punição nasce sob essa perspectiva, interrompendo a gravidez, a mulher estaria

destruindo “a esperança de um pai, a memória de um nome, a garantia de uma raça, o herdeiro de uma família e um cidadão destinado ao Estado” (HUNGRIA; FRAGOSO, p. 271).

É com o cristianismo, contudo, que se consolida a reprovação social do aborto, sendo assimilado ao delito de homicídio. Em nosso Código Penal de 1940, interessante notar que o aborto está elencado entre os crimes contra a pessoa, no título dos crimes contra a vida. Assim, foi clara a opção legislativa de se considerar o produto da concepção como um organismo dotado de direitos, uma vida humana em formação e distinta da vida materna.

Nélson Hungria, que é aqui utilizado como referência ao se tratar dos tipos penais da redação original do Código de 1940, porque, além de ter sido um de seus autores, tem sua obra *Comentários ao Código Penal* como norte essencial para discussão dos crimes em espécie; a maior parte dos posteriores manuais de direito penal, em sua parte especial, inevitavelmente sofre grande influência de sua obra.

A sua contribuição para o direito penal é, sem dúvida, notável, em que se pesem algumas posições consideradas anacrônicas. Mesmo para os padrões da época, o nosso Código Penal traz elementos bastante conservadores, sobretudo no que concerne a uma certa moral sexual. Isto é possível ser percebido pelos próprios comentários de Hungria sobre o tema do aborto, quando o compara com legislação vizinha, como o Código Penal uruguaio, de 1933.

Segundo Hungria, o Código uruguaio, que segue a linha doutrinária de seu autor, o jurista Irureta Goyena, somente incrimina a conduta de quem pratica o aborto sem o consentimento da gestante. Também o Código soviético de 1926 deixou de punir o aborto consentido. Hungria em seu discurso antifeminista, ao defender a criminalização do aborto, em relação ao argumento do direito da mulher em dispor do próprio corpo, afirma que: “O *feminismo* exasperado, que, nos princípios deste século, assumiu as proporções de um fenômeno de patologia social, aproveitou-se desse argumento para formular o seu programa de *maternidade consciente*.” (HUNGRIA; FRAGOSO, p. 275).

De acordo com a legislação vigente, que acompanha a redação original, há três espécies de aborto, aquele em que o sujeito ativo do crime é a mulher, a gestante – previsto no artigo 124 – o aborto sofrido pela gestante sem o seu consentimento – previsto no artigo 125 – e o tipo penal correspondente ao terceiro que provoca o aborto na gestante, com o seu consentimento – disposto no artigo 126.

As hipóteses legais de aborto estão previstas no artigo 128 e compreendem, em primeiro lugar, o chamado aborto terapêutico, em que a interrupção da gravidez é medida para evitar o óbito da gestante, lastreada no estado de necessidade e, via de regra, presente nas legislações

que incriminam a prática abortiva. Quanto a esta hipótese, praticamente não há questionamentos acerca de sua legitimidade.

A outra situação compreendida, denominada de aborto sentimental, é determinada pela lei na quando a vida intrauterina tiver sido produto de estupro, havendo, obviamente, o consentimento da gestante ou de seu representante legal, se for o caso. Esta forma de aborto legal também é conhecida como aborto humanitário ou ético e, assim como o necessário, deve ser realizado por médico.

A questão foi objeto de discussão após a Primeira Guerra Mundial, em virtude do número de mulheres violentadas pelas tropas invasoras. Por um lado, se legitimava o direito à vida do nascituro, que, do ponto de vista ético, não deveria ser aniquilado, devendo ser a futura criança cuidada pelo Estado; por outro lado, sobrepondo-se a esta proposição, a não incriminação (BRUNO, 1976, p. 173).

Helena Fragozo afirma que o aborto praticado nos casos em que a gestante é vítima de estupro seria justificado, pois “o estupro é em regra obra de um anormal sexual, ébrio ou degenerado, cuja reprodução é altamente indesejável: a proibição do aborto nesses casos não atenderia aos interesses da sanidade da estirpe” (FRAGOSO, p. 80).

O argumento utilizado por Fragozo para justificar a interrupção da gravidez nos casos decorrentes de estupro vê no sujeito ativo do crime uma patologia, que não deveria ser transmitida geracionalmente. Por mais que haja a sustentação da não incriminação nesse caso, o fundamento, de certa forma, flerta com a eugenia (não se trata, todavia, do aborto eugênico), mas mais do que isso, coloca em segundo plano aquilo que é a essência deste permissivo legal: evitar a imposição de um sofrimento à vítima da violência sexual.

Não há qualquer necessidade de autorização judicial, ou sentença condenatória em relação ao crime de estupro. O que faz completo sentido, sobretudo ao se ponderar questões como a duração do processo e o tempo de gestação, o que inviabilizaria a segura interrupção da gravidez ou mesmo qualquer interrupção.

É bastante presente entre os juristas e autores de manuais de direito penal a reprodução de determinadas premissas inerentes aos médicos no momento de realizarem o procedimento na mulher vítima da violência sexual.

Possivelmente as considerações a seguir destacadas são apresentadas com o escopo de resguardar futura responsabilização penal do médico que realiza o aborto, mas acabam por trazer implicações em relação à mulher que sofre a violência sexual, atribuindo-lhe um ônus que não lhe deveria ser cabível neste contexto. Corre-se o risco de se criar como consequência

da interpretação destas recomendações a existência de uma presunção negativa em relação à vítima do estupro e à veracidade de suas afirmações. Assim coloca, mais uma vez, Hungria:

Na prática, para evitar abusos, o médico só deve agir mediante prova concludente do alegado estupro, salvo se o fato é notório ou se já existe sentença judicial condenatória do estuprador. [...] Se existe, em andamento, processo criminal contra o estuprador, seria mesmo de bom aviso que fossem consultados o juiz e o representante do Ministério Público, cuja aprovação não deveria ser recusada, desde que houvesse indícios suficientes para a prisão do acusado. (HUNGRIA; FRAGOSO, p. 312-313)

Aponta, em sentido semelhante, Cezar Roberto Bitencourt:

A prova do crime de estupro pode ser produzida por todos os meios em Direito admissíveis. [...] O médico deve certificar-se da autenticidade da afirmação da paciente, quer mediante a existência de inquérito policial, quer por quaisquer outros meios e diligências pessoais que possa e deva realizar para certificar-se da veracidade da ocorrência do estupro. (BITENCOURT, 2013, p. 175)

Não se encontra, ao menos dentro destas propostas doutrinárias, qualquer defesa da necessidade de autorização judicial, ou de uma sentença penal condenatória pelo delito de estupro. Contudo, encontram-se nas disposições referentes a este tema afirmações da necessidade de “prova concludente da existência do delito sexual” (JESUS, 2005, p. 129); de elementos sérios de convicção, como boletim de ocorrência, ou declarações de testemunhas idôneas (PRADO, 2005, p. 121); do “conhecimento do Estado [sobre] o fato de ter sido vítima de um crime de estupro”, pois a palavra da mulher, “destituída de qualquer formalização não pode[ria] ser levada em consideração” (GRECO, 2005, p. 297-298).²

Nessa linha, outro exemplo que pode ser trazido é o Decreto Municipal nº 25.745/2005, do então prefeito Cesar Maia, que havia estabelecido a obrigatoriedade do registro policial para a realização do procedimento, pois a ausência dele geraria “intranquilidade para a população” e deixaria o “estuprador livre da devida apuração e punição criminal” – nos termos do próprio decreto.

Uma simples análise técnica do ponto de vista processual minaria a justificativa deste decreto. À época, o crime de estupro, como regra geral, era perseguível por meio de ação penal de iniciativa privada. Nesses casos, o ofendido, ou seja, a vítima, é o titular da pretensão

² O autor sugere para tanto o registro de ocorrência, exame de corpo de delito realizado por órgão oficial do Estado ou cópia da inicial acusatória.

acusatória, efetuando um juízo de oportunidade e conveniência, não estando obrigada exercer seu direito de ação. Se não há qualquer vinculação ao início da ação penal, carece de sentido ou função a exigência de qualquer ato apto a iniciar o procedimento investigativo. Guardadas as devidas distinções, a mesma lógica se aplicaria atualmente, uma vez que trata, via de regra, um crime de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação.

Subsequentemente, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública pleiteando a nulidade do decreto municipal, com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais das cidadãs fluminenses eventualmente vítimas de violência sexual. Em outubro de 2010, a Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região julgou a apelação interposta pelo MPF, dando-lhe provimento.

De acordo com o voto do Relator³, o Desembargador Frederico Gueiros, o Brasil teria instrumentos legais e constitucionais protetivos dos direitos das mulheres, é signatário de tratados internacionais sobre o tema, mas haveria uma carência da efetividade desta proteção. Mencionou a Conferência de Pequim, ocorrida em 1995 – a Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres promovida pela ONU –, quando o país, entre outras medidas, assumiu o compromisso de, nessas situações, garantir a interrupção da gravidez de forma segura e acessível.

A exigência do registro policial para realização do procedimento, ainda segundo o voto proferido, consistiria em um inaceitável constrangimento à mulher, podendo-lhe acarretar sequelas físicas e psicológicas, a um grande custo social. Para o Relator, “a declaração da gestante vítima de violência sexual deve ser primordial no procedimento em questão”. O decreto municipal também iria de encontro com a Portaria do Ministério da Saúde que regulamenta o tema, de nº 1.508, publicada em 02 de setembro de 2005, em vigor até o momento presente.

Esta portaria trata da realização do procedimento de forma que se prescindia do registro policial, sendo necessária a assinatura de um termo pela gestante (ou representante legal) descrevendo os fatos e autorizando a interrupção da gravidez, sendo a mesma atendida por uma equipe multidisciplinar. São assegurados à gestante o sigilo e a privacidade dos dados confidenciais envolvidos.⁴

Assim, em decisão unânime, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região determinou que o município do Rio de Janeiro se abstinhasse de exigir das gestantes vítimas de violência sexual

³ Apelação cível nº 2007.51.01.017986-4.

⁴ A exigência deste termo é criticada, pois, em que se pede a dispensa do registro, ela também seria uma forma de dificultar o acesso da mulher que sofreu violência ao abortamento legal. Neste sentido: BIROLI, 2016, p. 14.

a apresentação de registro de ocorrência policial para a realização do procedimento cirúrgico de interrupção da gravidez pelo Sistema Único de Saúde, bem como o cumprimento da Portaria nº 1.508 do Ministério da Saúde.

Em 2013, foi publicada a Lei nº 12.845, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Uma lei importante no sentido de efetivar e ampliar o atendimento a vítimas de violência sexual, garantindo-lhes atendimento emergencial, integral e multidisciplinar – além da prestação dos serviços de forma gratuita a quem necessitar.

Ainda hoje há uma variedade de propostas legislativas com o objetivo de restringir as hipóteses legais de aborto, já garantidas pelo Código Penal de 1940, dificultando o acesso da gestante ao procedimento de interrupção da gravidez e ressuscitando a obrigatoriedade do registro de ocorrência, entre outras medidas.

Em estudo publicado em 2016 (p. 16), a professora de Ciência Política da Universidade de Brasília, Flávia Biroli, faz um levantamento acerca dos projetos de lei que representam retrocessos na legislação atual sobre aborto. De acordo com Biroli, nos anos 1990 foram pelo menos seis proposições apresentadas na Câmara dos Deputados com a finalidade de restringir as hipóteses legais de aborto ou, ainda, de aumentar as penas para o delito. Entre os anos 2000 e 2015 teriam sido pelo menos 32 proposições neste sentido. Em relação aos projetos que pretendiam a descriminalização, teriam sido seis proposições nos anos 1990 apresentadas na Câmara e entre 2000 e 2015 apenas dois projetos.

Em relação à redação original, o delito de aborto, nos distintos tipos penais em que se apresenta e também nas hipóteses de interrupção da gravidez permitidas pelo código penal, não sofreu quaisquer alterações.

Como se expôs acima, Hungria chega a justificar a necessidade da existência da causa excludente em relação à interrupção da gestação da mulher que tenha sido vítima de violência sexual para preservar a sanidade da estirpe. Por outro lado, o jurista se coloca fortemente em oposição ao chamado aborto eugênico, pois seria uma “pretensiosa charlatanice”, hipóteses e conjeturas, carentes de base científica. (HUNGRIA, FRAGOSO, p. 313).

Como bem assinala Bitencourt (p. 180), a carga que o termo eugenia trazia à época em que esta obra foi produzida, bem como suas edições subsequentes – que aqui são utilizadas como base para a compreensão da mentalidade legislativa no momento da edição do Código Penal – se preenche de todo um sentido negativo, em razão do contexto da Segunda Guerra Mundial. Não havia certas nuances e distinções em relação a interrupção da gravidez de um possível embrião inviável à vida extrauterina. Falava-se tão somente em eugenia, descartando

qualquer possibilidade de interrupção da gravidez neste sentido como prática eugênica, associada ao nacional-socialismo alemão.

A sociedade se transformou, a medicina e a tecnologia também experimentaram avanços que permitem determinados acessos a informações embrionárias que seriam inconcebíveis em 1940.

A interrupção seletiva da gestação versaria sobre a hipótese da anencefalia, que foi objeto de ampla discussão, uma vez que a gestante que, nesses casos, decidia abreviar a gravidez, dependia de autorização judicial para tanto, o que poderia ocorrer ou não, de forma mais ou menos demorada.

Em 17 de junho de 2004 foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para que se afastasse a proibição de antecipação do parto nos casos de anencefalia, sendo que esta antecipação não deveria receber o tratamento jurídico-penal do crime de aborto.

A ADPF foi consignada sob o nº 54, tendo a relatoria do ministro Marco Aurélio. Em 30 de abril de 2012, quase oito anos após, foi publicado o acórdão da decisão do Supremo Tribunal Federal, permitindo a interrupção da gravidez nos termos do voto relator, por oito votos a dois. Foi julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada no Código Penal.

A decisão determinou que não seria necessária autorização judicial nesses casos, bastando o diagnóstico da anencefalia. Entendeu-se que não haveria potencialidade de vida, tratando-se de um natimorto cerebral. Em seu voto, o ministro Celso de Mello expressou-se no sentido de que poderia ser adotado raciocínio semelhante ao previsto na lei de doação de órgãos, ao dispor que o fim da vida se dá com a morte encefálica. Assim, considerando a existência de atividade cerebral para constatação de existência da vida humana, a interrupção da gravidez na hipótese da anencefalia não atingiria o direito à vida.

Para Gilmar Mendes, trata-se de hipótese de aborto, todavia, deveria se encaixar nas hipóteses de exceção legais, que o legislador não pôde prever em 1940. Houve somente dois votos contrários, o do ministro Ricardo Lewandowski, pois, segundo ele, seria assunto a ser tratado pelo legislativo e do ministro Cezar Peluso, para quem não se poderia admitir a inexistência de vida no feto anencéfalo.

Outra decisão relevante sobre o tema, também proveniente do Supremo Tribunal Federal, mas sem o alcance da anteriormente exposta, uma vez que se tratou do julgamento em um caso concreto, especificamente.

No dia 29 de novembro de 2016, em julgamento realizado pelo STF, a Primeira Turma julgou o HC 124.306, cujo pleito tratava tão somente da liberdade dos réus. Pretendia a defesa que os réus tivessem assegurado o direito a responder ao processo em liberdade. Em 2014, o ministro relator do HC, Marco Aurélio, já havia concedido a liberdade cautelarmente.

A Turma entendeu, por maioria, não haver os requisitos que autorizariam a decretação da prisão preventiva de réus que estão sendo acusados da prática dos crimes de aborto com o consentimento da gestante e quadrilha.

O ministro Luís Roberto Barroso, que havia pedido vista dos autos, em voto dado na sessão do dia 29 de novembro, afastou a prisão preventiva, posto que ausente qualquer elemento que evidenciasse a necessidade da medida. Contudo, foi além. Abordou também a própria constitucionalidade da criminalização do aborto voluntário, seja provocado pela gestante ou por terceiros com o seu consentimento.

Para o ministro, a vida em potencial do feto é um bem jurídico relevante, mas se deve observar o princípio da proporcionalidade, pois a criminalização da interrupção da gestação até o terceiro mês viola direitos fundamentais da mulher. Ressaltou que o objetivo da decisão não é disseminar a prática, mas torná-la menos frequente e mais segura.

De acordo com Barroso, a criminalização violaria a autonomia da mulher e seu direito à integridade física e psíquica. Caberia à mulher o poder de controlar o próprio corpo, não podendo ser uma imposição do Estado. Uma gravidez que não é livre, mas determinada pelo direito penal também violaria os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a igualdade de gênero. Toda mulher possui o direito de decidir se deseja ter filhos ou quando os deseja ter, já que a ela cabe o ônus da gravidez.

Outro ponto levantado pelo ministro foi a discriminação social trazida pela tipificação penal que, em sua maioria incide ou gera efeitos sobre mulheres pobres. Elas seriam as maiores atingidas, já que não podem recorrer a clínicas ou médicos particulares, tornando-se vítimas de procedimentos realizados em locais clandestinos sem qualquer segurança. Comparando dados com países que admitem a prática, nota-se que a criminalização não diminui a quantidade de procedimentos realizados, mas o número dos que são feitos em segurança.

O ministro também utilizou como fundamento para apoiar sua decisão o fato de que a não criminalização evidencia-se na quase totalidade dos países democráticos e desenvolvidos. Desde 1973, a Suprema Corte dos EUA não considera crime a interrupção voluntária da gravidez durante o primeiro trimestre, bem como a maioria dos países europeus. Acompanharam o voto os ministros Rosa Weber e Edson Fachin.

Muito se falou sobre uma possível descriminalização do aborto, o que de fato não ocorreu. Ainda que se possa questionar se seria esta a via adequada para discussão a respeito da possibilidade de interrupção voluntária da gravidez, de alguma forma a decisão levantou pontos relevantes acerca dos direitos reprodutivos das mulheres, sua morte e criminalização em razão dos abortos clandestinos que ocorrem em grande número.

Desta forma, como exposto, não houve alterações legislativas do projeto original de código em relação às disposições sobre aborto, em quase oitenta anos de vigência da norma. O que ocorreu durante esses anos foram pontuais atuações do poder judiciário para uma nova interpretação da lei vigente, além de uma série de projetos – em sua maioria sinalizando a expressão do conservadorismo legislativo, por vezes representando retrocesso inclusive considerando as hipóteses de aborto já permitidas em nosso Código Penal.

Fazendo-se uma ressalva derradeira em relação ao tema do aborto, note-se que o Decreto-Lei nº 3.688 de 1941, a Lei de Contravenções Penais, que junto com Código Penal e com o Código de Processo Penal compõem as algumas das leis promulgadas durante o Estado Novo, também, à sua medida, tratou do assunto.

Por certo, trata-se de um diploma que, a exemplo dos seus contemporâneos, sofreu uma série de modificações por leis posteriores, tendo, além disso, vários de seus dispositivos não recepcionados pela Constituição de 1988. Especificamente sobre o tema aborto e também na seara dos direitos reprodutivos, o seu artigo 20, na redação original dispunha que era contravenção o ato de “anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto ou evitar gravidez”.

Portanto, em sua primeira configuração, que vigorou por três décadas, a Lei de Contravenções Penais previa pena de multa em igual medida a quem anunciasse meio abortivo ou meio contraceptivo. Somente em fins da década de 70, mais precisamente com a Lei nº 6.734 de 1979, que suprimiu a segunda parte do artigo 20 (“ou evitar gravidez”), para garantir a possibilidade do planejamento familiar.

O projeto de alteração foi proposto pelo então Senador Aloysio Chaves, que justificou a alteração pela necessidade do controle da reprodução humana, sobretudo nos países em desenvolvimento. O Brasil havia participado da Conferência Mundial de População realizada no ano de 1974, em Bucareste, onde o tema foi debatido e em conclusão apontou-se que o planejamento familiar e a paternidade responsável devem ser conscientemente adotados pelos casais, com o suporte do Estado.

A justificativa da alteração se encontrou, essencialmente, nos motivos de política demográfica adotados pelo governo, os fundamentos explicitados no projeto não alcançaram os

direitos reprodutivos da mulher. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça seguiu os mesmos moldes, invocando, inclusive, a teoria malthusiana para se referir a uma possível explosão demográfica, sobretudo entre as classes menos favorecidas. Afirmava a Comissão que a manutenção da conduta típica consistiria em óbice para a *política de controle de natalidade*.

1.3. Perigo de contágio de moléstia venérea

O nosso Código Penal dedica um capítulo aos crimes de periclitamento da vida e da saúde, sendo que não há nenhum tipo penal entre os previstos neste item que expressamente faça menção ao gênero do sujeito ativo. Contudo, a intenção legislativa na criação de determinados delitos aponta que a essência da criminalização possa ter como objeto um sujeito ativo específico.

Pelas próprias justificativas que se seguiram à edição do Código Penal apresentadas por Hungria em seus *Comentários*, é possível perceber que se trata de um tipo penal elaborado tendo como alvo a mulher que exerce a prostituição. A promiscuidade de sua conduta é entendida como um potencial risco social, disseminador de doenças venéreas.

Ninguém contesta que o seminário feracíssimo das moléstias venéreas seja a prostituição. O problema do ataque à contaminação intersexual está, assim, intimamente ligado ao amor venal. Se fosse possível a eliminação das feiras de Vênus Libertina, estaria eliminada a fonte principal das enfermidades sexuais. (HUNGRIA; FRAGOSO, p. 395)

Não que o jurista se oponha à atividade da prostituição em si, o que considera um mal necessário, um meio a se garantir que haja uma válvula de escape à libido masculina reprimida. Para Hungria, a prostituição teria uma função social de prevenir desregramentos e transvios, mas que carrega consigo alguns males acessórios. Entre eles, estariam as moléstias venéreas.

Assim, questiona qual seria a melhor fórmula para tratar a questão, se as medidas sanitárias deveriam assumir um caráter coercitivo ou somente persuasivo. Para Hungria, a solução se encontraria na primeira hipótese, indubitavelmente: “Não há objetivo de política social que dispense o elemento sinérgico das sanções legais contra as vontades recalcitrantes”.

Neste ponto, Hungria não encontrava qualquer óbice em direcionar a repressão penal às mulheres que exerciam o meretrício. Os exemplos de eficácia que ele mesmo traz não deixam espaço para qualquer outra interpretação. Em primeiro lugar, tratando da zona central do Rio de Janeiro, afirma que o Hospital Gaffrée-Guinle só teria obtido sucesso em seu serviço antivenéreo em razão da atuação conjunta com as autoridades policiais sobre as prostitutas suspeitas de infecção que lá eram atendidas.

O outro caso foi o de Juiz de Fora, em Minas Gerais, onde à época, na própria sede da delegacia, havia se instalado um posto de tratamento antivenéreo das “mulheres decaídas”, que recebiam uma caderneta onde ficavam consignados os exames realizados e seus resultados, passando a ser difundido o hábito entre os clientes frequentadores de reclamarem delas a apresentação de suas cadernetas.

Trata-se de um crime em que o sujeito ativo pode ser tanto homem quanto mulher, que exponha alguém por meio de relações sexuais ou qualquer outro ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado. Contudo, é interessante observar como se deu, neste caso, a estigmatização da mulher que exercia a prostituição, colocando sobre ela toda a responsabilidade da transmissão da doença venérea.

A exposição de motivos da parte especial, apesar de não tão explícita quanto os comentários de Hungria, ao tratar da ação penal no crime de perigo de contágio venéreo, afirma que ela dependerá de representação, pois o *strepitus iudicii* poderia ter consequências gravíssimas em desfavor da própria vítima e de sua família.

Heleno Fragoso aponta como inspiração deste tipo penal o Código Penal dinamarquês de 1930 e a chamada Lei Koch, publicada na Alemanha em 18 de fevereiro de 1827. Para ele, o legislador inspirou-se no flagelo social que tratariam as doenças venéreas, bem como em aspectos como a repercussão do ponto de vista eugênico e da sanidade do povo ou da raça (FRAGOSO, p. 100-101).

Aníbal Bruno, já em finais dos anos 70, fez críticas incisivas à sobrevivência deste tipo penal como infração autônoma, uma vez que, com o avanço das técnicas médicas, a criminalização do perigo de transmissão de moléstia venérea já estaria completamente superada (BRUNO, p. 217). Atualmente, se trata de um tipo penal em desuso, sendo raríssimas as imputações relacionadas a ele.

1.4. Exposição ou abandono de recém-nascido

O motivo *honoris causa*, apesar de não figurar no delito de infanticídio, subsiste no Código Penal vigente não no capítulo dos crimes contra a vida, mas ainda se tratando da proteção da pessoa, em relação ao tipo penal de *exposição a perigo ou abandono de recém-nascido*, cuidando das condutas de periclitacão da vida e da saúde.

Trata-se de crime onde se diverge em relação ao sujeito ativo, sendo que é maior atualmente a expressão doutrinária no sentido de que seria a mãe que abandona o filho para ocultar desonra própria.⁵ Em sentido contrário, podemos ver que Hungria e Magalhães Noronha

⁵ Neste sentido, Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt entre outros.

admitem também o pai como autor do delito. Assim, eles colocam nos mesmos termos os sujeitos que poderiam incidir neste tipo penal: “a mãe que concebe *extramatrimonium* ou, quando muito, o pai adúltero ou incestuoso” (HUNGRIA; FRAGOSO, p. 437); “a mãe (solteira, viúva ou adúltera), como também o pai, em caso de incesto ou adultério” (NORONHA, p. 101).

Mesmo entre os autores que defendem a possibilidade de o pai ser autor do delito para ocultar desonra própria, apenas chegam a mencionar estas situações de possível incesto ou adultério, sendo que todos os exemplos trazidos para definir o que se encaixaria neste tipo penal tratam, invariavelmente, da mulher. Note-se, só estaria incurso nas penas deste delito a mulher que tivesse honra; a mulher desonrada receberia o tratamento penal mais grave previsto no artigo 133.

Isto porque trata este crime previsto no artigo 134 de uma espécie de tipo penal autônomo do que poderia consistir em um privilégio previsto no dispositivo que o precede, que trata do abandono de incapaz (PRADO, p. 196). Sobre a não consideração do motivo de honra em relação ao delito de infanticídio, mas a manutenção do em relação ao abandono pelo Código Penal de 1940, a justificativa se encontraria em razões de política criminal, uma vez o tratamento mais benigno previsto no artigo 134 seria um estímulo ao agente para que o mesmo não atentasse contra a vida do recém-nascido em salvaguarda da honra própria, preferindo o abandono (HUNGRIA; FRAGOSO, p. 437).

Assim, retomando a ideia de que para haver a incidência nas penas deste artigo, o sujeito ativo deve possuir honra, Hungria afirma que a mulher que se deixa desposar pelo seu sedutor e abandona o filho para ocultar o coito pré-matrimonial não incidiria no artigo 134, bem como a mulher “decaída” (p. 437-438).

Magalhães Noronha, por sua vez, afirma que não poderiam invocar o motivo *honoris causa* aqueles que não possuem uma honra sexual a ser protegida, como “a meretriz, a mulher seduzida que casou com o sedutor ou que o está processando (caso em que o fato já é de domínio público), a solteira, quando sua gravidez é notória ou patente, a mulher que sabidamente já tem prole ilegítima etc.” (NORONHA, p. 101).

Curioso notar que, mesmo entre os autores dos manuais contemporâneos, em que se pese a já apontada divergência entre ser o crime do artigo 134 praticado somente pela própria mãe, ou podendo abranger também o pai na proteção de sua honra – não há qualquer questionamento acerca de um possível anacronismo da lei, que espera, sobretudo da mulher, a manutenção de determinada moral sexual.

Não se levanta a legitimidade da incorporação desta moral pelo direito penal. Cezar Bitencourt, que ainda se dispõe a experimentar uma reflexão sobre a compreensão deste delito, que até então se mantém em sua essência, também é categórico ao afirmar que somente a *mulher honrada* seria sujeito ativo. A questão que ele coloca é que nenhuma mulher poderia ser *a priori* excluída, nem mesmo as “mulheres de vida fácil”. Para ele, muitas delas escondem da família e da sociedade a atividade que exercem, possuindo, portanto, honra a ser tutelada. Já as “decaídas no conceito público, cuja desonra seja notória” não poderiam ser autoras do *crimen exceptum* (BITENCOURT, p. 180).

Conclusão

Aqui se completa a exposição dos tipos penais em que se tem a mulher como sujeito ativo. Como apontado, é interessante notar que este fenômeno da criminalização que atinge especificamente a mulher indica uma reação social que se reflete no ordenamento jurídico. Esta criminalização representa a ruptura de condutas, ou ainda, de virtudes atribuídas às mulheres.

Zaffaroni *et al* apontam, ainda no século XV, o *Malleus Maleficarum*, ou Martelo das Bruxas – mais precisamente do ano de 1487, de autoria dos inquisidores Heinrich Kramer e James Sprenger – como a obra teórica fundante do discurso legitimador do poder punitivo na etapa de consolidação definitiva do direito penal. Para os autores, o manual inquisitorial é o primeiro discurso que contém um modelo integrado englobante da criminologia, do direito penal e do processo penal, sendo a primeira grande obra a compreender esta interdisciplinaridade.

O *Malleus* foi elaborado sobre a emergência que impunha a necessidade de combater o complô do diabo com as mulheres, do que resultava uma racionalização do poder destinada a controlar a mulher com brutalidade: os atos de *bruxaria* (o mal) eram justificados pela *inferioridade genética* na mulher, estigmatizada por meio de pomposas citações e adjetivos difamatórios. Tudo se devia ao fato de que a mulher foi feita de uma costela que, sendo curva, se contrapõe à postura vertical própria do homem, isto é, implica um defeito genético. Tal curvatura lhe dava *menos fé*, era mais fraca do que o homem na fé, mais capaz de ofender ao Criador, o que se reafirmava por meio de uma improvisada etimologia – derivando *femina* de *fe* e *minus*. (2003, p. 510-511)⁶

Interessante notar que, em seu momento inicial de estabelecimento, o direito penal, ou o poder punitivo de maneira geral, vê como uma necessidade a repressão da mulher e seu

⁶ Como ressaltam os autores, o termo feminino, na realidade, teria proveniência da raiz sânscrita *dhe(i)*, amamentar.

controle. Várias teorias surgem para explicar esse movimento, que provavelmente não pode ser resumido a uma única causa.

Há hipóteses de que as mulheres teriam se mostrado com menos disposição a aceitar a chamada “expropriação do conflito” que o surgimento de um poder verticalizado e organizado criou, sendo o controle da reação ao confisco dos conflitos comunitários. As mulheres também seriam consideradas as transmissoras geracionais de cultura, motivo pelo qual deveriam ser reprimidas para a imposição de novos modelos políticos, novas linguagens, novas religiões.

As mulheres dotadas de determinados saberes, como métodos de contracepção, formas de auxiliar o parto ou outros conhecimentos médicos – e que com isso poderiam ter influência sobre demais pessoas – eram tratadas pelo Manual como possíveis bruxas. A liberdade sexual também foi objeto de repressão, bem como os rituais e tradições pagãos pré-cristãos.

Assim, o Martelo das Bruxas explica as causas do mal, as formas pelas quais ele se apresenta – há uma junção entre o poder divino e o secular, assimilação dos conceitos de crime e pecado – e descreve os meios e métodos para combatê-lo. A perseguição de um determinado grupo seria um instrumento fortalecedor, afirmador do poder estatal. Neste momento, contudo, é intrigante observar que esta perseguição não era direcionada a um grupo minoritário, mas a todo um gênero, basicamente a metade da espécie humana (ANITUA, p. 57-58).

Dando um enorme salto temporal, interessante é a obra não tão explorada do autor símbolo do positivismo criminológico, o italiano Cesare Lombroso, que dedica parte de seu estudo à mulher delinquente. Para muitos autores, Lombroso é considerado o fundador da criminologia moderna, tendo como marco o lançamento de *O homem delinquente*, em 1876. Ao criminoso, estudado a partir da população carcerária da época, seriam atribuídas determinadas características físicas e um atavismo evolutivo, associados ao comportamento delituoso.⁷

A obra *A mulher delinquente*, em italiano *La donna delinquente*, foi escrita junto com seu genro Guglielmo Ferrero e representou, em alguma medida, resgate das ideias inquisitoriais de inferioridade da mulher mesmo para o cometimento de delitos. Para eles, as mulheres já de pronto ocupariam uma posição inferior na escala evolutiva, e teriam características como a insensibilidade (não sentiriam pena), inteligência menos desenvolvida e uma falta de refinamento próxima ao homem atávico.

⁷ Não se pretende aqui examinar a escola positivista, certamente a proposta de definir o criminoso a partir de traços físicos é hoje narrada de forma chistosa, mas o positivismo criminológico não se resume a esse aspecto e em certa medida apresentou contribuições para a evolução do pensamento criminal.

As mulheres delinquentes seriam mais viciosas do que os homens, a partir deste ponto se traçou um paralelo entre a prostituição e a criminalidade feminina. As causas também eram encontradas nas linhas hereditárias que levavam a uma inevitável predisposição orgânica à loucura moral (ANITUA, p. 307).

Enquanto que nos homens Lombroso reconhecia o louco moral, o delinquente epilético, o atávico – em relação à mulher esses elementos também se fariam presentes, mas seu equivalente se expressaria por meio da prostituição. Não sem propósito, o subtítulo da obra em questão é: *La prostituta e la donna normale* (A prostituta e a mulher normal). A prostituição seria a forma de criminalidade que se manifesta na mulher, ou seja, a degeneração específica que nela se apresenta (LOMBROSO; FERRERO, 1903, p. 621).

De toda forma, a prostituição lhes era tida como menos danosa socialmente do que a criminalidade masculina. Mais até do que isso, afirmavam exercer ela uma função social importante, servindo como válvula de escape da sexualidade – podendo, inclusive, prevenir delitos.

Esses são tão somente alguns exemplos sinalizadores de como foram e ainda restam evidadas de tensão as relações estabelecidas entre o direito, no caso específico, entre o direito penal e a mulher. É possível notar questões como essas em todo processo de formação e evolução do direito penal, em diferentes escolas penais, legislações, codificações seria possível traçar elementos que evidenciam o tratamento desigual dispensado a homens e mulheres.

Todos os delitos acima apresentados e que encontram no gênero feminino seu sujeito ativo: infanticídio, aborto (autoaborto, artigo 124), exposição ou abandono de recém-nascido trazem em comum o elemento da negação da maternidade.

Mesmo o crime que não foi expressamente descrito a partir do agente mulher pelo legislador e que se entende como delito comum, o crime de perigo de contágio de moléstia venérea, traduz indiretamente a manutenção de uma moral sexual, ao ser associado à prostituição.

Não há delitos que punam ou tenham como sujeito ativo o homem em especial. Quando o direito age de forma a distinguir gêneros, aquele que é atingido de forma especial é o feminino.

Procurou-se analisar, a partir dos tipos penais descritos, em que medida esta proteção ainda subsiste (ou subsistia) como instrumento de discriminação e de reconhecimento de uma suposta fragilidade de gênero; desta forma, é possível considerar em que medida de fato o direito penal pode ser colocado como instrumento que se propõe a atuar de maneira a transgredir estas estruturas e atuar no sentido de promover a igualdade de gênero.

Referências

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte especial*. Vol. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BIROLI, Flávia. *Aborto em debate na Câmara dos Deputados*. Cfemea, Ipas e Observatório de Sexualidade e Política, 2016.
- BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte especial*. 1º vol. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1962.
- HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio (atual.). *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1979.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *La donna delinquente: la prostituta e la donna normale*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1903.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal. Parte especial*. Vol. 2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial: arts. 121 a 183*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.