UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM HUMANIDADES, DIREITOS E OUTRAS
LEGITIMIDADES

CAMILA DANIELLE DE JESUS BENINCASA

A descriminalização do aborto: uma análise a partir da criminologia feminista

(Versão corrigida)

São Paulo
2019

CAMILA DANIELLE DE JESUS BENINCASA

A descriminalização do aborto: uma análise a partir da criminologia feminista

(Versão corrigida)

Dissertação de Mestrado apresentada à
Comissão de pós-graduação da Faculdade de
Filosofia, Letras e Ciências Humanas como
requisito para obtenção do título de Mestre em
Ciências.

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Vasconcelos

São Paulo
2019

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo

B467d Benincasa, Camila Danielle de Jesus
A descriminalização do aborto: uma análise a
partir da criminologia feminista / Camila Danielle
de Jesus Benincasa ; orientador Jose Antonio
Vasconcelos. - São Paulo, 2019.
132 f.

Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação
Humanidades, Direitos e Outras Legitimidades da
Universidade de São Paulo. Área de concentração:
Humanidades, Direitos e Outras Legitimidades.

1. Aborto. 2. Criminologia. 3. Criminologia
feminista. 4. Direito Penal. 5. Descriminalização. I.
Vasconcelos, Jose Antonio , orient. II. Título.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS

ENTREGA DO EXEMPLAR CORRIGIDO DA DISSERTAÇÃO/TESE

Termo de Ciência e Concordância do (a) orientador (a)

Nome do (a) aluno (a): Camila Danielle de Jesus Benincasa

Data da defesa: 26/03/2020

Nome do Prof. (a) orientador (a): José Antonio Vasconcelos

Nos termos da legislação vigente, declaro **ESTAR CIENTE** do conteúdo deste **EXEMPLAR CORRIGIDO** elaborado em atenção às sugestões dos membros da comissão Julgadora na sessão de defesa do trabalho, manifestando-me **plenamente favorável** ao seu encaminhamento e publicação no **Portal Digital de Teses da USP**.

São Paulo, 23/07/2020

Assinatura do (a) orientador (a)

BENINCASA, C.D.de J. **A descriminalização do aborto: uma análise a partir da criminologia feminista**. Dissertação apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Dissertação de Mestrado apresentada à Comissão de pós-graduação da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Vasconcelos

Aprovada em: 26/03/2020

Banca Examinadora

Prof.^a Dr^a _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^a Dr^a _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho à Estela, minha mãe e amiga, exemplo de amor e dedicação, sem cujo apoio nada seria possível.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são muitos, não foram poucos os que contribuíram para a conclusão desta pesquisa, ainda que não saibam. O ingresso no Programa de Mestrado em Humanidades, Direitos e Outras Legitimidades do Diversitas, que eu pensava ser um objetivo, se mostrou, na verdade, o início de um novo caminho de conhecimento, pessoal e acadêmico.

Ao professor Maurício Cardoso agradeço a ajuda indispensável ao longo do curso. As palavras nunca serão suficientes para expressar minha gratidão por toda generosidade e compreensão.

Agradeço especialmente ao meu orientador José Antonio Vasconcelos pela orientação, dedicação, apoio e paciência na leitura atenta e crítica do trabalho.

Agradeço, também, à Teresa Cristina Teles por todo auxílio, carinho e atenção.

Agradeço ao Diversitas pela oportunidade de aprendizado singular e pela oportunidade de realização desta pesquisa interdisciplinar.

Pelo incentivo de sempre e por me ensinar a valorizar o conhecimento, desde a tenra idade, agradeço à minha mãe, Estela Benincasa.

Ao meu pai, Reinaldo Benincasa, agradeço, com saudade, pela base sólida, pelo ideal de honestidade e pela educação que faz de mim o que sou.

Agradeço aos meus sobrinhos e afilhados Kailainy e Juninho, por todos os carinhos e abraços que encheram meu coração de amor e alegraram meus dias de estudos.

Agradeço às minhas amigas Luciana, Cinthia e Camila, companheiras na jornada de estudo que tornam mais leve e animado esse caminhar.

Ao Thiago Valério de Freitas agradeço, com amor, pelo companheirismo, pelas discussões teóricas, por toda compreensão nos momentos difíceis e pelo incentivo sempre presente.

RESUMO

BENINCASA, C. D. de. J. **A descriminalização do aborto: uma análise a partir da criminologia feminista**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019.

O presente trabalho analisa a descriminalização do aborto sob a perspectiva da Criminologia Feminista com a abordagem do cenário jurisprudencial e legal acerca do tratamento jurídico penal do aborto.

Tema da ordem do dia, com a realização de debates e discussões legais e jurisprudenciais acerca de sua descriminalização, e a propositura de iniciativas de lei tanto para a legalização quanto para a criminalização, o aborto revela-se tema intrigante e que propõe a revisão da influência das questões de gênero no Direito Penal.

Analisa-se sob a perspectiva da criminologia feminista a pertinência da atual criminalização por um sistema jurídico-penal historicamente voltado a criminalidade masculina, pensado por e, principalmente, para homens, de uma conduta praticada por mulheres e que se refere aos corpos femininos.

O aborto é conceituado e analisado sob a perspectiva legal brasileira e no cotejo com os direitos fundamentais envolvidos. O cenário jurisprudencial é analisado sobretudo com foco nos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do aborto e o cenário legislativo, mediante a abordagem de projetos de lei voltados a descriminalização e ao incremento da proibição do aborto.

Este trabalho ainda realiza um estudo dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que envolveram o crime de aborto, bem como expõe o embate com o tratamento político criminal acerca da criminalidade feminina.

Palavras-chave: Aborto. Criminologia. Criminologia Feminista. Direito Penal.

ABSTRACT

BENINCASA, C. D. de. J. **The decriminalization of abortion: an analysis from feminist criminology.** Thesis (Master's degree). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências e Humanas. Universidade de São Paulo. Sao Paulo, 2019.

This paper analyzes the decriminalization of abortion from the perspective of feminist criminology with the approach of the jurisprudential and legal scenario about the criminal legal treatment of abortion.

An agenda item, with debates and legal and jurisprudential discussions about its decriminalization, and the proposition of legal initiatives for both legalization and criminalization, abortion is an intriguing theme that proposes the revision of the law. influence of gender issues in criminal law.

It is analyzed from the perspective of feminist criminology the relevance of the current criminalization by a criminal-legal system historically focused on male crime, thought by and, mainly, for men, of a behavior practiced by women and that refers to the female bodies.

Abortion is conceptualized and analyzed from the Brazilian legal perspective and in comparison with the fundamental rights involved. The jurisprudential scenario is analyzed mainly focusing on the recent Brazilian Supreme Court judgments on abortion and the legislative scenario, by addressing bills aimed at decriminalization and increasing the prohibition of abortion.

This work also conducts a study of the cases judged by the Brazilian Supreme Court that involved the abortion crime, as well as exposes the clash with the criminal political treatment about the female crime.

Keywords: Abortion. Criminology. Feminist criminology. Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 CRIMINALIDADE FEMININA	14
3 CRIMINOLOGIA FEMINISTA	31
3.1 Criminologia	31
3.2 Os movimentos feministas	50
3.3 Criminologia Feminista	58
4 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	72
4.1 Contextualização: conceito de aborto e previsão legal do aborto no Brasil	72
4.2 Os direitos fundamentais, o direito à vida e a tutela penal do aborto ..	76
4.3 O aborto em números.....	85
4.4 O aborto no cenário jurisprudencial: precedentes e perspectiva de descriminalização	89
4.4.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (Anencefalia).....	94
4.4.2 O julgamento do HABEAS CORPUS nº 124.306/RJ pelo Supremo Tribunal Federal e a descriminalização do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação	96
4.4.3 A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442: uma perspectiva de descriminalização do aborto pelo Supremo Tribunal Federal ..	100
4.5 O aborto no cenário legislativo	103
4.5.1 A Sugestão 15 de 2014 do Senado Federal	104
4.5.2 O Projeto de Lei nº 4.403/2004.....	105
4.5.3 O Projeto de Lei nº 882/2015.....	106
4.5.4 A Proposta de Emenda à Constituição nº 164/2012.	109
4.5.5 O Projeto de Lei nº 478/2007 e os projetos conexos	110
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar o contexto social e jurídico brasileiro na abordagem do aborto e da impertinência na manutenção de sua criminalização, por meio da utilização de pesquisa bibliográfica, análise de julgamentos proferidos pelos Tribunais Superiores acerca da permissão do aborto e análise de propostas legislativas sobre a criminalização e descriminalização do aborto.

Será realizado o confronto da previsão legislativa com o tratamento jurisprudencial, sobretudo em decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade do aborto legal pela gestante em hipóteses não contempladas expressamente no Código Penal de 1940.

A aproximação com a discussão das questões de gênero no Direito Penal e o estudo da mulher na criminologia no presente trabalho ocorrerá por meio da análise da opção de política criminal adotada e mantida pelo Brasil de criminalizar a interrupção voluntária da gravidez pela própria gestante ou com o seu consentimento.

Pretende-se no presente trabalho, por meio de abordagem descritiva e avaliativa de Escolas Criminológicas, Teorias Feministas, jurisprudência e legislação, analisar a indevida manutenção no ordenamento jurídico brasileiro da criminalização do aborto e as perspectivas de sua descriminalização, bem como, através da análise do papel do Direito Penal, aferir como a opção político-criminal de criminalização do aborto não se coaduna com a realidade vigente e com o estágio atual do tratamento do tema pelas instâncias judiciais de controle social.

No primeiro capítulo é realizada análise do tratamento da criminalidade e do contexto prisional feminino a partir dos conceitos da expansão do Direito Penal e da ausência de políticas criminais voltadas exclusivamente para as mulheres, com a abordagem da forma como o tratamento específico ocorre por meio de decisões judiciais específicas no caso do aborto praticado pela própria gestante ou com o seu consentimento. A abordagem é focada no tratamento da mulher como autora de delitos.

O segundo capítulo trata da Criminologia Feminista na e realiza exposição das Escolas Criminológicas mais influentes e do estágio atual do estudo da Criminologia Feminista. A seguir é realizada exposição acerca de movimentos feministas de busca por igualdade de direitos.

No terceiro capítulo é realizado um estudo sobre o aborto, a contextualização no cenário jurídico brasileiro e sua tipificação penal, o cotejo dos direitos fundamentais à vida e a tutela penal do aborto, a análise dos números da prática do aborto no Brasil e a análise das decisões jurisprudenciais sobre o tema: as decisões na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Habeas Corpus 124.306 pelo Superior Tribunal de Justiça, o processamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Em seguida, é feita uma análise dos projetos legislativos para a descriminalização ou criminalização do aborto.

Será analisada em que medida a repercussão das decisões proferidas com caráter vinculante pelo Supremo Tribunal Federal autorizando o aborto influenciam nos rumos para a descriminalização, em descompasso com a iniciativa legislativa de recrudescimento da lei penal, influenciada por interesses de categoria religiosa e a tramitação de projetos de lei nesse sentido, com vistas a demonstrar a inexistência de avanços significativos no campo legislativo para a descriminalização.

Por fim, apresentam-se as considerações finais do trabalho.

2 CRIMINALIDADE FEMININA

No ano de 2016 o número de mulheres encarceradas no Brasil era de 42.355 mulheres, com déficit de 15.326 vagas, segundo dados do Infopen¹. O número faz com que o Brasil ocupe, em números absolutos, a quarta posição no ranking dos países com maior população prisional feminina, seguido apenas de Estados Unidos, China e Rússia. O país apresentou taxa de aprisionamento de 35,52 a cada 100 mil mulheres, em junho de 2017.²

Dentre a população carcerária feminina, 62% é composta de mulheres negras. A população carcerária feminina apresentou crescimento desde o ano 2000, sendo que somente entre o segundo semestre de 2016 e o primeiro semestre de 2017 ocorreu redução de 7,66 no total de mulheres custodiadas, consoante último relatório Infopen publicado em 2019, totalizando 37.828 mulheres presas³.

Em relação à população carcerária masculina os dados do Infopen⁴ indicam que no mesmo ano de 2016 a quantidade de presos era 17 vezes superior à feminina, somando a marca de 726.712 homens encarcerados.

Em que pese a população feminina corresponda a percentual reduzido da população carcerária total brasileira, observa-se o aumento da população carcerária feminina de 10.112 mulheres encarceradas no ano de 2010 para 35.218 em 2013, um aumento de 567%.

No ano de 2014 segundo pesquisa Infopen⁵ em 2014 o Brasil era o quinto país com maior número de população carcerária feminina no mundo, com 35.218 mulheres presas. Em 2016 o número subiu para 42.355 e o país passou a ocupar a terceira posição.

¹ O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> Acesso em 20/09/2018.

² Em números relativos, o Brasil ocupa a 21ª posição em taxa de aprisionamento por 100 mil habitantes, computando-se a população carcerária total, feminina e masculina, com 336 pessoas presas a cada 100 mil habitantes segundo ranking da *World Prison Brief*, disponível em "https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All", acesso em 12/04/2020.

³ Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade: junho de 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf>. Acesso em 24/02/2020.

⁴ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 20/09/2018.

⁵ Fonte: Infopen, Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 20/09/2018.

A pesquisa Infopen de 2014 indica que enquanto a taxa total de aprisionamento aumentou 119% entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou 460% no mesmo período. Os números demonstram, portanto, um aumento considerável da população carcerária feminina, sobretudo em comparação à masculina.

O último relatório do Departamento Penitenciário Nacional atinente à população feminina indica o crescimento do contingente penitenciário feminino de cerca de 5.600 mulheres em 2000 para 37.828 mulheres⁶ no segundo semestre de 2017. O relatório indica, também, que a maioria das custodiadas são jovens, pretas, pardas, pobres e de baixa escolaridade.

Em comparação com os números de junho de 2016, houve redução na quantidade de mulheres custodiadas. No entanto, a análise da curva referente aos índices de aprisionamento desde o ano 2000 indicam o aumento constante da taxa de aprisionamento, considerando-se o número de mulheres presas por 100 mil habitantes. que passou de 6,50 no ano 2000 para 40,60 em 2016, e teve breve redução para a taxa de 35,52 em junho de 2017⁷.

Assim, as questões referentes a criminalidade das mulheres e o tratamento penal dos crimes que envolvem a população feminina demandam reflexão crítica acerca da eficácia e da pertinência da tutela penal, sobretudo considerando o aumento do punitivismo, observado pelo aumento da taxa de encarceramento.

O estudo do crime, do criminoso e das formas de controle social são objeto de estudo da criminologia desde o período Clássico, sendo que o papel da mulher nesse cenário passou a ser objeto de estudos específicos após 1970, coincidindo com o movimento da denominada segunda onda do feminismo.

No Brasil o primeiro estabelecimento criminal feminino, localizado em Bangu, no Estado do Rio de Janeiro, apenas foi instituído em 1941, pelo Decreto-lei nº 3.971, sob o nome Penitenciária de Mulheres do Distrito Federal.⁸ Antes disso não havia estabelecimentos penais destinados exclusivamente às mulheres.⁹

⁶ Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade: junho de 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf>. Acesso em 24/02/2020.

⁷ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 20/09/2018.

⁸ Para consulta ao texto vide: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3971-24-dezembro-1941-414013-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20/09/2018.

⁹ WIT, Carolina Wanderley Van parys de. *Delinquentes, prostitutas e históricas: O discurso médico-legal sobre as mulheres infames no Brasil (1890-1939)*, disponível em: <http://www1.udesc.br/arquivos/id_submenu/2561/19.pdf>. Acesso em

Até mesmo a coleta de dados acerca da prisão feminina é recente. Acerca do aprisionamento feminino no Brasil, a primeira pesquisa de diagnóstico dedicado de forma destacada à população carcerária feminina foi realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional somente no ano de 2014, sendo que a segunda pesquisa foi colhida em 2016¹⁰ e a terceira em julho de 2017, com publicação somente no ano de 2019. As pesquisas estatísticas anteriores, consideravam a população carcerária tanto masculina quanto feminina em único relatório.

O estudo de gênero pode ser realizado considerando qualquer tipo penal, sendo que alguns crimes trazem discussões específicas em relação à violência contra a mulher, como ocorre com os crimes contra a dignidade sexual, o feminicídio e todos os delitos que ocorrem no âmbito da denominada Lei Maria da Penha. O tráfico de drogas destaca-se como sendo o crime responsável pela maior taxa de aprisionamento feminino, pois segundo os dados do Infopen¹¹ 62% das infrações femininas correspondem ao delito de tráfico de drogas, ao passo que o aborto praticado pela própria gestante e o infanticídio são delitos com a peculiaridade de serem praticados somente por mulheres.

Desse modo, a escolha do tema do aborto se justifica porque o direito ao próprio corpo constitui uma das pautas dos movimentos feministas, envolve o questionamento acerca de direitos fundamentais, sobretudo direitos femininos, e se afigura campo a ser explorado sob a perspectiva criminológica.

A questão servirá para o estudo do estágio da criminologia feminista na medida em que o trabalho considera que a perspectiva predominante no Direito Penal é sob a ótica do criminoso homem, a despeito da pretensão de se tratar de uma perspectiva neutra.

As discussões em termos criminológicos, tanto em relação à mulher criminosa quanto em relação à mulher vítima, são recentes no tocante aos

20/08/2018.

⁹ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 20/09/2018.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

¹⁰ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 20/09/2018.

¹¹ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 20/09/2018.

questionamentos da criminalidade feminina e da criminalização de condutas praticadas por mulheres.

O Estudo sobre a criminalidade feminina tem sido bem pouco explorado pelos criminólogos. Percebe-se, de imediato, a escassez de material sobre o tema, que contrasta com a multiplicidade de ensaios sobre a “criminalidade masculina”. Dentre as inúmeras razões que justificam tal atitude, destaca-se aquela que aponta o forte preconceito que atribui pouco ou nenhum valor às manifestações de desajuste social da mulher.¹²

A realização de estudos sobre a criminalidade feminina de forma exclusiva e dissociada dos estudos sobre a criminalidade de modo geral, englobando tanto homens quanto mulheres, é recente e se afigura campo a ser explorado.

não há dúvidas de que, nas últimas décadas, a relação da mulher com a criminalidade tem sido tratada de uma forma mais abrangente, resultando na divulgação de estudos, documentários, reportagens sobre a “mulher criminosa”. No entanto, tais avanços ainda não conseguiram revelar a dimensão deste fenômeno, dado sua peculiaridade.¹³

O direcionamento de estudos para a questão da criminalidade feminina conduz ao questionamento acerca dos delitos praticados por mulheres e, no caso do presente trabalho, do aborto praticado pela própria gestante. Trata-se de crime classificado como próprio, na medida em que somente pode ser praticado pela própria gestante e que envolve uma criminalidade própria, tal como ocorre com o crime de infanticídio, que só pode ser cometido pela mulher, logo após o parto, sob o efeito do estado puerperal.

Alessandro Baratta assinala que foi “a partir dos anos setenta, a posição desigual da mulher no direito penal – seja na condição de vítima ou de autora de delito – passou a ser objeto de crescente atenção por parte da criminologia”¹⁴.

À mulher, historicamente, foi reservado o espaço privado, do lar e da figura maternal, e ao homem o público e de provedor da família, de modo que o Direito Penal foi construído a partir de uma perspectiva androcêntrica.

¹² BASTOS, Maruza. *Cárcere de Mulheres*. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda, 1997, p. 57.

¹³ FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. *Criminalidade e prisão feminina*. In: Revista *Ártemis*, Vol. XVIII nº 1; jul-dez, 2014, pp. 212-227. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/artemis/article/view/22547>>. Acesso em 27/09/2019, p. 215.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. *O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana*. In: *Criminologia e Feminismo*. Org. Carmen Hein de Campos. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 19.

O sistema de controle dirigido exclusivamente à mulher (no seu papel de gênero) é o informal, aquele que se realiza na família. Esse mesmo sistema vem exercitado através do domínio patriarcal na esfera privada e vê a sua *última garantia* na violência física contra as mulheres.

(...)

O direito penal, como supra-analisado é dirigido especificamente aos homens, enquanto operadores de papeis na esfera (pública) da produção material.¹⁵

Assim, o presente trabalho pretende analisar sob a perspectiva da criminologia feminista a pertinência da atual criminalização por um sistema jurídico-penal historicamente voltado a criminalidade masculina, pensado por e, principalmente, para homens, de uma conduta praticada exclusivamente por mulheres.

Com o fortalecimento dos movimentos sociais que questionam as relações de gênero e demandam o reconhecimento de direitos humanos das minorias e o respeito às diversidades e às liberdades individuais, e com o incremento do debate acerca das questões atinentes à liberdade da mulher, com discussões em torno de teorias feministas, observa-se que os Tribunais flexibilizam a interpretação da lei penal que criminaliza o aborto, autorizando-o em hipóteses não previstas expressamente no Código Penal.

O Direito como um todo e o Direito Penal são regidos por princípios. O princípio da legalidade enuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Art. 5º, II, da Constituição Federal), bem como que “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), idêntica à redação do art. 1º do Código Penal. A previsão constitucional e legal, contudo, não impede a inovação jurisprudencial na matéria penal, conforme será visto.

O Direito Penal é a instância de controle formal e o instrumento de materialização do máximo poder punitivo estatal. Deve funcionar como *última ratio* incidir quando todas as demais esferas de controle falham e quando o próprio

¹⁵ BARATTA, Alessandro. *O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana*. In: *Criminologia e Feminismo*. Org. Carmen Hein de Campos. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 45-46.

Direito, por meio de outros ramos, a exemplo do Direito Civil e do Direito Administrativo, é incapaz de proteger o bem jurídico atingido.

No tocante a incidência do Direito Penal, destacam-se tanto a fase de criação legislativa, opção de política criminal (criminalização primária), quanto as fases de aplicação do direito penal e de execução das penas aplicadas (criminalização secundária).

A análise de ambas as fases é interessante ao estudo proposto na medida em que a previsão genérica e abstrata da prática do aborto como crime, incidindo sobre todos (prevenção primária) não vem acompanhada na realidade brasileira da aplicação do direito penal ao caso concreto quando verificada a violação da norma (criminalização secundária).

Em termos criminológicos, trata-se da seletividade do sistema punitivo. Conforme será abordado em capítulo acerca dos números do aborto, a interrupção da gravidez é uma realidade no Brasil e na maioria dos casos são as mulheres em situação de maior vulnerabilidade e que não possuem acesso a um procedimento seguro que são alcançadas pelo poder punitivo do Estado.

A criminalização do aborto representa uma opção do Estado que seleciona o destinatário do poder punitivo dentre uma camada específica da população, a das mulheres que não possuem acesso ao custeio de um aborto seguro e sigiloso, pois são essas as mulheres cujos abortos chegam ao conhecimento das autoridades. As mulheres que possuem meios financeiros para o custeio de um aborto seguro a despeito de praticarem o mesmo delito não são selecionadas pelo sistema punitivo.

O processo de expansão do Direito Penal ocorre em decorrência do desprestígio e do fracasso das demais esferas do Direito na proteção de bens jurídicos, acarretando o maior uso do Direito Penal como instrumento de controle da criminalidade.

Assim, ao lado do Direito Penal Clássico que criminaliza as lesões aos bens jurídicos tradicionais (delitos contra a vida e contra o patrimônio, bem como tráfico de drogas), surge o Direito Penal Moderno, com criminalização de condutas violadoras de bens jurídicos supraindividuais, a exemplo do meio ambiente e da ordem econômica, bem como dos riscos decorrentes da vida na sociedade moderna.

Em paralelo a esse processo de expansão do Direito Penal, subsistem tipificados os crimes do Direito Penal Clássico, sobretudo os delitos contra a

propriedade e a vida, que, ao lado do tráfico de drogas, são responsáveis pela maioria das condenações penais¹⁶.

Sobre a expansão do Direito Penal, Jesús-María Silva Sanchez indica que

no momento atual, em suma, o tema no debate social não é a criminalidade dos despossuídos, *leitmotiv* da doutrina penal durante todo o século XIX e boa parte do Século XX, senão, preponderantemente, a criminalidade dos poderosos e das empresas (*crimes of the powerfull – corporate and business crime*). Agora vejamos, isso supõe a introdução de um importante erro de perspectiva sobre o que convém alertar. Com efeito, aqui e agora, continua sendo possível afirmar que os 80% da criminalidade (ao menos, da definida como tal e perseguida) permanecem manifestando-se como criminalidade dos marginalizados (*lower class crime*), de modo que se corre o risco de tomar a parte (menor, mas muito difundida pelos meios de comunicação) pelo todo. Daí que a aposta, que parece decidida, por uma expansão do Direito Penal, que conglome a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral incluída a dos *powerless*, algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas¹⁷

Desse modo, observa-se que o processo de expansão do Direito Penal, sem um olhar crítico para estado de coisas em que se encontra o processo de criminalização e o sistema carcerário brasileiro contribuiu para que o Brasil possua a terceira maior população carcerária do mundo, além de um sistema prisional sobrecarregado.

Seguido apenas de Estados Unidos e China, o Brasil revela considerável crescimento em sua população carcerária e déficit no sistema penitenciário, ostentando a margem de 726.712 pessoas presas no ano de 2016¹⁸.

O aumento foi expressivo desde o ano de 2014, quando contabilizados 607.731 presos, segundo dados do Ministério da Justiça e do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, números que revelam o colapso do sistema prisional brasileiro.

No ano de 2010 a população carcerária feminina era de 10.112 mulheres, subindo para 42.355 em 2016¹⁹.

¹⁶ Conforme Dados Infopen: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 18/09/2019

¹⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 54-55

¹⁸ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 20/09/2018.

Não obstante a sinalização de medidas tendentes a reduzir o processo de massivo encarceramento, a exemplo da implementação das audiências de custódia por determinação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de pedido cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, com violações reiteradas dos Direitos Humanos dos detentos, a perspectiva é, ainda, de crescente aumento do encarceramento e com isso o agravamento das questões sociais atinentes à marginalização, criminalização e estigmatização.

Em paralelo a ausência de incremento das demais formas de controle social, como o investimento em educação, sob o viés da criminologia crítica, é possível afirmar que o aumento da população carcerária é uma realidade social constituída também pelas instâncias oficiais. Nesse sentido:

A criminalidade, mais do que um dado preexistente comprovado objetivamente pelas instâncias oficiais, é uma realidade social de que a ação das instâncias oficiais é elemento constitutivo. Estas constituem tal realidade social através de uma percepção seletiva dos fenômenos, que se traduz no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas na lei penal e que, compreendendo todas as camadas sociais, representa não a minoria, mas a maioria da população.²⁰

Assim, o enfrentamento da criminalidade demanda não apenas a intervenção repressiva por meio do Direito Penal, de forma simbólica, mas a atuação preventiva do Estado, através de formas alternativas de controle social, com a utilização de outros mecanismos de controle, sobretudo de caráter social, educativo e preventivo.

As taxas crescentes de encarceramento evidenciam a ineficácia do uso do Direito Penal como único mecanismo de controle e indicam que quando o Estado negligencia outras formas de controle e privilegia o uso exclusivo do Direito Penal para o enfrentamento de um problema social a resposta atua somente no campo simbólico, no sentido de fornecer apaziguamento social em virtude da incriminação.

¹⁹ O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 20/09/2018.

²⁰ BARATA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Editora Revan, Rio de Janeiro, 6ª edição, outubro de 2011, p. 178-179.

O Direito e, sobretudo, o Direito Penal é, por vezes, confundido com justiça e o clamor social por respostas céleres e eficazes às demandas surgidas diariamente culmina com o crescente aumento de condutas criminalizadas e punidas penalmente, sem observância dos limites impostos pelo Estado Democrático de Direito à intervenção estatal e sem atentar para o tratamento multidisciplinar das controvérsias e demandas sociais.

A incriminação de determinada conduta pelo Estado informa à população a falsa ideia de combate ao problema social colocado, enquanto a complexidade da questão demandaria uma atuação governamental ampla e interdisciplinar para seu enfrentamento. Com a edição de uma lei incriminadora o Estado transmite à sociedade a falsa percepção de solução célere da demanda, com efeito apaziguador, desincumbindo-se das necessárias medidas de cunho preventivo e material para a implementação real de transformações sociais.

O advento da Lei Maria da Penha representou importante avanço pelo reconhecimento de que a violência contra a mulher é um problema social a ser combatido pelo Estado, através da comunicação realizada por meio do Direito Penal de que a agressão à mulher viola o ordenamento jurídico não é aceita socialmente e por isso é incriminada pelo Direito.

Nesse sentido, a inovação legislativa legitimou uma reivindicação importante. Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho afirmam que a lei representou a “consolidação das lutas do movimento feminista no Brasil”²¹, com progressos no campo teórico e legal, compondo um sistema jurídico autônomo de proteção da mulher em situação de violência doméstica que abarcou as previsões de proteção de gênero contidas nos tratados internacionais de proteção de Direitos Humanos e previu medidas de caráter assistencial, de prevenção e de repressão à violência, inclusive com medidas extrapenais para proteção da mulheres.

No entanto, a despeito de sua relevância e da previsão de amplo rol de medidas protetivas à mulher, em relação a vitimização feminina, tanto o advento da Lei 11.340 de 2006, denominada Lei Maria da Penha, quanto a incriminação do Feminicídio pela Lei nº 13.104 de 2015, por si só não conseguiram reduzir as agressões e a violência contra às mulheres, conforme concluiu o relatório de

²¹ CAMPOS, Carmem Hein de. CARVALHO, Salo de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. 2014. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-jpg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf. Acesso em 19/09/2019. P. 151.

pesquisa *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil 2º edição*, produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública²². Segundo a pesquisa

as baterias de vitimização indicam que, de modo geral, não houve redução na vitimização sofrida no período. Dito de outro modo, quando questionadas sobre experiências de assédio e violências física e psicológica sofridas ao longo do último ano, a proporção de mulheres vitimadas nas pesquisas de 2017 e 2019 se manteve estável, 28,6% e 27,4% respectivamente²³.

A pesquisa concluiu, ainda, que:

A violência é uma variável presente no cotidiano das mulheres brasileiras e que superá-la envolve o acolhimento da vítima, o acesso à justiça, a punição do agressor, mas também estratégias de prevenção que trabalhem a origem de todas essas diferentes manifestações de violência. Qualquer política que se pretenda efetiva no enfrentamento da violência contra as mulheres precisa, necessariamente, incluir um componente que busque suas raízes culturais e a necessidade de desconstrução das normas sociais que contribuem para a desigualdade de gênero²⁴.

O combate à violência contra a mulher, como violência de gênero, demanda medidas materiais e medidas preventivas que extrapolam o campo teórico e, embora importante, a edição de Lei é insuficiente para a efetiva redução da violência de gênero, de modo que a atuação estatal não se exaure na edição de lei penal incriminadora.

Nesse sentido, o Estado fracassa no enfrentamento de problemas sociais quando utiliza o Direito Penal para satisfação do clamor social como instrumento de transformação social em relação a proteção de diversos bens jurídicos, como ocorre em relação ao caso do aborto.

O crime de aborto não figura como o principal responsável pelo encarceramento feminino, sendo que no ano de 2016 a quantidade de mulheres presas pelo delito de aborto, incluindo-se o aborto praticado por terceira pessoa (artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal), era de apenas 7 mulheres²⁵,

²² Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>>. Acesso em 18/09/2019.

²³ Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>>. Acesso em 18/09/2019.

²⁴ Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>>. Acesso em 18/09/2019.

²⁵ Disponível em: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Infopen 2016. Disponível em: <http://www.ju.stica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>.

enquanto que o delito responsável pelo maior encarceramento é o tráfico de drogas, responsável por 62% das prisões de mulheres, ou seja, 21.022 mulheres presas em 2016. No entanto, verifica-se que a criminalização do aborto não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, pois, além de estar na contramão do movimento externado em outros países²⁶, impossibilita a implementação de políticas públicas de saúde e assistência social destina às mulheres e consubstancia ilegítima interferência estatal na autonomia da vontade da mulher.

O surgimento de novos bens jurídicos na sociedade contemporânea, em constante transformação, acarreta também o surgimento de novas demandas sociais pela respectiva proteção jurídica. Essa proteção jurídica é, no mais das vezes, efetivada por meio do Direito Penal.

Quando a proteção não é efetivada por meio do Poder Legislativo, ela é efetuada por meio do próprio Judiciário, após intensa comoção popular, como aconteceu com o enquadramento pelo Supremo Tribunal Federal dos crimes de transfobia e homofobia como crimes de racismo na ausência de previsão legal específica.²⁷

Dentre os novos bens jurídicos que demandaram a intervenção penal destacam-se o meio ambiente, o direito empresarial, tributário e econômico, surgindo a criminalização de condutas não apenas causadoras de danos, mas causadoras de perigos a bens jurídicos e com isso a necessidade de mudanças nos próprios contornos do Direito Penal (Direito Penal Moderno). Desse modo, o Direito Penal aplicado hoje é uma mescla entre o Direito Penal tradicional e o Direito Penal Moderno.

O Direito Penal clássico é baseado na culpabilidade clássica e na tutela de bens jurídicos relacionados à propriedade e ao patrimônio ao passo que o Direito Penal Moderno contempla a proteção de bens jurídicos sobretudo supraindividuais, crimes de perigo e o enfrentamento a uma nova modalidade de crime e envolvendo,

Acesso em 20/09/2018

²⁶ Menciona-se como exemplo a recente aprovação do projeto de lei para a descriminalização do aborto para mulheres até a 14ª semana de gestação pela Câmara dos Deputados da Argentina, com seguimento para votação pelo Senado que, no entanto, rejeitou a legalização do aborto em agosto de 2018. Na América Latina, ressalta-se que no Uruguai a prática do aborto é permitida e na Colômbia também. Para consulta acerca do aborto em outros países vide: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa1Abortoatualizada18022019.pdf>>. Acesso em 19/09/2019.

²⁷ Sobre o enquadramento pelo STF vide: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em 21/09/2019.

nesta categoria, os crimes de colarinho branco e a corrupção pública e privada, tratadas pelo Direito Penal Econômico.

Não se pode negar que o Direito Penal Econômico, em um mundo globalizado e de risco, permeado cada vez mais de escândalos financeiros, corrupção e desmandos econômicos, clarificando uma insegurança crescente, está presente, cada vez mais, na Ciência Penal.²⁸

Em que pese a visibilidade na mídia e no cenário político e social dos últimos anos do combate aos delitos relacionados à corrupção e criminalidade econômica²⁹, a grande e maciça clientela do sistema judiciário penal ainda é encontrada nos crimes referentes à criminalidade tradicional, acusados pelo cometimento dos crimes tradicionais, a exemplo dos delitos patrimoniais, sobretudo, furto, roubo, estelionato e receptação, e crimes contra a vida (onde se enquadra o aborto) bem como dos delitos previstos na Lei de Drogas.

No tocante ao aborto, é notória a sua prática por mulheres de todas as classes sociais, conforme apontado pela Pesquisa Nacional Sobre o Aborto realizada por Débora Diniz sendo que o Direito Penal incide com maior frequência sobre as mulheres mais vulneráveis e oriundas das camadas menos favorecidas³⁰.

É o caso da ré Margarete que foi condenada a um ano de detenção em regime aberto, por infração ao art. 124 do Código Penal, tendo afirmado em plenário que “estava desesperada porque tinha 08 filhos, sendo que cinco deles já estavam no abrigo, e seu marido havia ido embora, precisava trabalhar para tirar seus filhos do abrigo e se estivesse grávida não ia conseguir trabalho.” A condenação foi mantida pelo Tribunal de Justiça no julgamento da apelação nº 0009440-69.2011.8.26.0152³¹.

No caso de Sara, que foi condenada pelo Tribunal do Júri a pena de um ano e dois meses de detenção em regime semiaberto, por infração do mesmo artigo, em

²⁸ SILVEIRA, Rento de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 43.

²⁹ Pode ser ressaltada a investigação deflagrada sobre o denominado Mensalão e posteriormente a investigação denominada Lava Jato, que popularizaram conceitos referentes a criminalidade econômica e corrupção.

³⁰ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo e MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2017, vol.22, n.2, pp.653-660. ISSN 1413-8123. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em 25/10/2018.

³¹ TJSP, Apelação Criminal 0009440-69.2011.8.26.0152; Relator (a): Edison Brandão; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cotia - Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/09/2015; Data de Registro: 17/09/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 21/09/2019.

juízo de apelação o Tribunal ponderou que “acusada disse que é garota de programa e que ficou grávida de um cliente, que não conhece, como já possui outros quatro filhos, resolveu abortá-lo, e para tanto passou a ingerir ervas abortivas e outros remédios para esse fim, logo em seguida passou mal e abortou”³².

Os dados obtidos pela 2ª edição Infopen Mulheres³³, mediante a coleta de dados de escolaridade de 73% da população feminina encarcerada indicam a vulnerabilidade das mulheres encarceradas. Grande parte da clientela feminina do sistema penal é composta por mulheres de baixa escolaridade.

Apenas 15% das mulheres concluiu o ensino médio e 14,66% da população prisional feminina sequer acessou o ensino médio, concluindo, no máximo, o ensino fundamental e 45% possui o ensino fundamental incompleto. No tocante a cor, 62% é de mulheres negra e 37% é de mulheres brancas (fls. 40)³⁴.

Permanece, portanto, atual a crítica ao poder punitivo que criminaliza mediante critérios seletivos. Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista assinalam que essa seleção ocorre em relação às pessoas que se enquadram nos estereótipos criminais e que são, por isso, vulneráveis, assumindo obras criminosas toscas (roubo, latrocínio, tráfico de drogas).

A seleção incide com menos frequência em relação às pessoas que, apesar de não se enquadrarem nesse estereótipo criminal, praticaram atos brutais que os tornem vulneráveis (crimes violentos como homicídios). Por fim, incide sobre aqueles que estão em posição praticamente invulnerável, mas que de modo excepcional encontram-se em situação de vulnerabilidade em decorrência da perda em uma luta de poder hegemônico (aqui destacam-se os denominados “laranjas” que são responsabilizados na estrutura de poder).³⁵

Observa-se que em relação aos indivíduos que se enquadram nos estereótipos criminais a atuação do Poder Judiciário na função de aplicação do Direito Penal é fator que pode tanto acentuar as desigualdades do sistema, quanto, em sentido oposto, minimizar as desigualdades sistêmicas e sociais.

³² TJSP. Apelação Criminal 0012259-93.2007.8.26.0224; Relator (a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - Vara do Júri; Data do Julgamento: 25/10/2012; Data de Registro: 25/10/2012). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6293746&cdForo=0>>. Acesso em 21/09/2019.

³³ Infopen Mulheres, Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 21/09/2019. p. 43.

³⁴ Infopen Mulheres, Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> Acesso em 21/09/2019. p. 40

³⁵ BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raul. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 49.

Portanto, é pertinente o estudo da aplicação do Direito Penal pelas Cortes, em especial no tocante às influências exercidas sobre as decisões dos Tribunais Superiores, que são cada vez mais dotadas de efeito vinculante sobre as demais decisões do Poder Judiciário³⁶.

Desse modo, não apenas o Legislativo, mas também o Judiciário, por meio da jurisprudência, inova a Lei, produzindo um sistema de precedentes capaz de modificar a realidade e que, ainda que de forma não declarada ou explícita, filia-se a determinada política criminal.

O neoconstitucionalismo, desenvolvido a partir do século XXI, conferiu ao constitucionalismo, que até então representava a limitação do poder estatal, uma nova roupagem ao atribuir eficácia ao texto constitucional com a efetivação dos direitos fundamentais. Ocorreu uma reaproximação entre o Direito e a ética, com fundamentação nos Direitos Humanos.

Não obstante existente a divisão entre o Direito e a moral, o neoconstitucionalismo aproximou as duas instâncias, de modo que o Poder Judiciário decide considerando argumentos de cunho moral, ainda que não como argumentos centrais, pois estes devem observar as normas jurídicas do direito positivado.

Sobre o assunto Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto ensinam que:

No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no marco da ordem jurídica vigente. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas.³⁷

Assim, a perspectiva adotada no presente estudo é a de que o Judiciário não se encontra no Estado Democrático de Direito como instituição que realiza somente a execução de uma política criminal escolhida pelo Legislativo, no desempenho da

³⁶ O tema da influência do sistema da *common law* sobre o tradicional sistema brasileiro da *civil law* será objeto de abordagem em capítulo próprio ao longo do estudo.

³⁷ SARMENTO, Daniel e NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 205.

função típica de julgar, mas como agente capaz de direcionar o agir estatal e influenciar no processo de criação legislativa, tanto para o avanço quanto para o recrudescimento da lei penal.

Considerando que parcela da norma incriminadora é integrada pelo juiz na análise do caso concreto, por meio da aplicação de elementos interpretativos, quando o Judiciário é instado a se manifestar em casos emblemáticos³⁸ realiza verdadeira opção de política criminal.

Ao optar pela adoção ou interpretação que aplica determinado princípio constitucional ao caso, ou mesmo quando afasta sua incidência, conferindo os contornos de aplicação do postulado ao caso concreto, o judiciário encontra-se em posição mediata entre a lei e a realidade.

É, portanto, visível o papel do Judiciário nesse contexto de reflexão sobre a realidade e sobre as consequências da adoção de uma política criminal voltada ao encarceramento massivo da população pobre e marginalizada.

Não obstante ser órgão que desempenha função contramajoritária na proteção dos direitos fundamentais, a posição ativista do Poder Judiciário e o crescente destaque conferido ao Supremo Tribunal Federal e seus julgamentos têm acarretado a inflação dos limites da atuação jurisprudencial.

A atuação do Poder Judiciário, contudo, deve encontrar limites nos direitos e garantias fundamentais, pois o papel transformador do Poder Judiciário não pode restringir os direitos dos indivíduos.

Só é admissível tal atuação em prol da implementação de direitos, sendo que no âmbito do Direito Penal, o ativismo judicial é por vezes utilizado equivocadamente para agravar a situação do réu no curso do processo, com a incidência prejudicial de convicções pessoais do julgador no caso concreto, como no caso mencionado acima, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do recurso de apelação entendeu adequada a pena aplicada a Sara, a despeito de ter o juiz considerado de acordo com convicções pessoais supostas circunstâncias e a personalidade da ré, pelo fato de ser prostituta e ter deliberado a ingestão da substância, o que se confunde com a própria conduta já incriminada:

³⁸ Destacam-se os casos em que ocorrem o denominado desacordo moral razoável, termo cunhado pela filosofia, para fazer referência aos casos em que não existe consenso sobre uma questão polêmica, existente antagonismo entre argumentos fundados em conclusões racionais, a exemplo do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencefálicos (ADPF nº 54).

“No julgamento do recurso de apelação o Tribunal de Justiça considerou que a pena está adequada. O aumento de 1/6 da base, devidamente justificado pela sentença nas circunstâncias do crime e na personalidade da acusada, deve ser prestigiado. A ré, que afirmou ser prostituta, era mãe de quatro filhos à época dos fatos e deliberou ingerir substância abortiva. Após a manobra abortiva, enterrou o feto, demonstrando absoluta insensibilidade. Essas circunstâncias, de resto, não recomendam a substituição ou a concessão de “sursis”. O regime semiaberto, pelos mesmos motivos, está adequado.”³⁹

A evidência de tal deturpação, em maior amplitude, pode ser observada pela edição de súmulas e precedentes com caráter vinculante pelas Cortes Superiores reafirmando a prevalência da lei mais benéfica, em detrimento dos critérios subjetivos do julgador, como exemplificado no enunciado da Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal que expressamente afirma que a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não justifica a imposição de regime mais gravoso do que previsto em lei. Enunciado que deveria ser desnecessário pela obviedade.

Assim, para viabilizar o estudo proposto e considerando a importância e relevância do tema no debate social contemporâneo de busca por respeito e igualdade de gênero e liberdades pessoais, optou-se por estudar a intervenção e tutela do Direito Penal sobre o crime de aborto, tipificado pelo Código Penal.

Sobre o tema, que sofre influência de diversos setores da sociedade e principalmente da bancada religiosa na seara legislativa⁴⁰, é interessante observar as consequências das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e, por conseguinte, o impacto da publicidade dessas decisões no próprio conteúdo dos votos proferidos pelos ministros.

Nesse contexto, o reflexo social das decisões é um elemento de relevante influência no teor das próprias decisões aptas a ocasionarem aprovação ou reprovação social e que podem colaborar para o distanciamento da análise jurídica e para a tendência de satisfação de anseios sociais emergenciais, aproximando o Direito, e em especial, o Direito Penal, de uma função simbólica e distanciando-se

³⁹ TJSP. Apelação Criminal 0012259-93.2007.8.26.0224; Relator (a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - Vara do Júri; Data do Julgamento: 25/10/2012; Data de Registro: 25/10/2012). Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=6293746&cdForo=0>>. Acesso em 21/09/2019.

⁴⁰ Nesse sentido a recente influência da referida bancada para inclusão nos projetos de lei nº 58 e 151, para inclusão de proteção “desde a concepção” no texto do art. 1º e do art. 5º da Constituição Federal, bem como a tramitação de projeto de lei sobre o Estatuto do Nascituro. Sobre o tema vide: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/09/politica/1510258493_477218.html>, acesso em 20/10/2018.

da criação de um sistema técnico de precedentes, apto a conferir a segurança jurídica necessária à aplicação do Direito Penal.

3 CRIMINOLOGIA FEMINISTA

No presente capítulo realizo a contextualização da Criminologia, mediante breve abordagem conceitual e diferenciação com as demais ciências criminais, bem como realizado apanhado sucinto sobre as teorias criminológicas.

Em seguida, uma breve e não exaustiva abordagem de teorias feministas e dos movimentos feministas.

A parte final do capítulo estuda a criminologia feminista e apresenta o estágio atual do estudo da mulher na perspectiva das ciências criminais.

3.1 Criminologia

O estudo das ciências penais pode ser dividido no estudo do crime e do tratamento conferido à conduta considerada criminosa sob três perspectivas científicas, três âmbitos autônomos e conectados em uma unidade teleológico funcional: a dogmática penal, a política criminal e a criminologia.

A Dogmática Penal compreende o estudo de diversas teorias e Escolas Penais relacionadas a definição do conceito de crime e aplicação das regras de Direito Penal ao caso concreto. A dogmática está relacionada à decidibilidade dos conflitos na medida em que uma vez praticado o crime e identificado o autor incumbe ao Poder Judiciário a aplicação das penas previstas em lei, o que deve ocorrer de forma técnica.

As diversas teorias existentes e Escolas Penais definem os conceitos teóricos necessários à aplicação da lei, definem fato típico, antijuridicidade, culpabilidade, e os respectivos desmembramentos, bem como o conceito de conduta, de ação e omissão, de dolo e de culpa, e relação de causalidade, resultado e de tipicidade, conceito de pena, e demais conceitos teóricos que repercutem na definição teórica do que é crime ou não e na aplicação da pena ao caso concreto.

Assim, a Dogmática Penal incide de forma repressiva, sendo uma intervenção tardia em relação à prática do ato criminoso. Trata-se do Direito Penal e das normas penais que incidem sobre a conduta humana que já foi praticada.

A Política Criminal estuda os meios e as estratégias para o controle da criminalidade, o tratamento conferido ao crime e o modelo de reação estatal ao crime. Pode ser definida como “um conjunto de princípios extraídos da investigação empírica do delito e da pena, que orientam a atividade do Estado na luta contra a criminalidade”.⁴¹

O Estado realiza uma opção de política criminal ao escolher a forma como o Estado prevenirá ou punirá os crimes, e ao decidir o que será ou não considerado crime. Por exemplo, a ultrapassagem de um sinal vermelho de parada obrigatória é um ilícito que pode ser combatido por meio do Direito Administrativo, ou seja, uma infração de trânsito, com aplicação de multa em dinheiro, ou pelo Direito Penal, por meio de um crime ou contravenção penal. O comportamento poderia, ainda, sequer ser tratado pelo Direito, e ser objeto apenas de debates escolares e de conscientização civil por meio de projetos educativo e preventivos.

O Estado pode optar por agir prevenindo a ocorrência de crimes, reprimindo a sua ocorrência ou conjugando a atuação preventiva e repressiva. A opção por um maior punitivismo, com maior margem de criminalização de comportamentos humanos também é uma opção de política criminal.

O tratamento conferido à prática do crime e o modelo de reação ao crime são, portanto, opções de política criminal eleitas pelo Estado.

Os principais modelos de reação ao crime podem ser divididos entre os legitimadores e deslegitimadores da função do Direito Penal, que visam a expansão da utilização do Direito Penal ou a redução da sua utilização.

Os movimentos legitimadores e expansionistas do Direito Penal são voltados à implementação de um Direito Penal máximo. O movimento de lei e ordem, ou tolerância zero, que ocorreu nos Estados Unidos nos anos de 1980 e 1990 é um exemplo do uso do Direito Penal como ferramenta para combater os mínimos delitos com o objetivo de inibir a criminalidade no seu nascedouro.

A teoria é calcada na ideia segundo a qual a desordem gera a desordem, sendo necessária a intervenção penal mesmo para o mais simples delito para

⁴¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 369.

transmitir a mensagem de que existe uma autoridade responsável pela manutenção da ordem.

O controle social sobre essas pequenas coisas seria a melhor forma de prevenir delitos graves, e por isso seria de grande importância que a polícia desse importância e reprimisse aquilo que em outras latitudes se chamaria de “incivilidades”. Contra elas deveria atuar uma cidadania consubstanciada com a polícia e com alguns valores morais conservadores.⁴²

Por outro lado, os movimentos reducionistas são baseados na deslegitimação do Direito Penal para o enfrentamento dos conflitos sociais e, sob uma perspectiva crítica, ensejaram as teorias minimalistas e as teorias abolicionistas penais.

O abolicionismo penal prega a abolição do sistema penal, ao passo que o minimalismo defende a redução da utilização do direito penal ao mínimo necessário, com uso limitado e maximização das garantias.

A criminologia, por sua vez, é o estudo da criminalidade e engloba o estudo das origens do crime e das causas da criminalidade, do crime e do criminoso, da vítima e do controle social. A criminologia volta-se ao fato e se classifica como uma ciência empírica, buscando as formas de controle e combate da violência.

A criminologia dialoga com outras áreas do saber, outras ciências, sendo, pois, uma ciência empírica na medida em que se volta para o estudo da realidade, e multidisciplinar porque dialoga com outras áreas do saber, como a sociologia. Para Shecaira é

o estudo e a explicação da infração legal, os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e o com crime e os atos desviantes, a natureza das posturas com que as vítimas são atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre autor desses fatos desviantes⁴³

O estudo da vítima é desenvolvido pela vitimologia e traz a possibilidade de estudo do sujeito passivo direito ou os familiares da vítima. A vitimologia analisa o

⁴² ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. P. 783.

⁴³ SHECAIRA, Sergio Salomão. CRIMINOLOGIA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 35.

papel da vítima no processo penal e desenvolve-se os conceitos de vitimização primária, secundária e terciária

A vitimização primária é a violência sofrida pela vítima quando o crime ocorre e a vitimização secundária a violência sofrida pela vítima no curso do processo penal pelos órgãos de controle, em decorrência da burocratização existente, com a necessidade de reviver a violência já sofrida, como ocorre com as vítimas de violência sexual. A vitimização terciária ocorre quanto a violência sofrida é extrema e acarreta a estigmatização da vítima pela sociedade.

O controle social também é objeto de estudo da criminologia e compreende as formas de controle exercido sobre os indivíduos para o cumprimento das regras sociais. O controle pode ser formal ou informal. O controle formal é coercitivo, exercido pelo Estado por meio das instâncias formais (Polícia, Judiciário, Administração) e coexiste com o controle informal que é desempenhado pela família, pela escola, religião, entre outros.

A criminologia, a dogmática penal e a política criminal são, portanto, complementares entre si no estudo do crime, pois abordam as causas do crime, as formas de ocorrência e o tratamento conferido à prática delituosa.

Dentre as principais escolas criminológicas destacam-se a Escola Clássica (pré-científica), cujo principal expoente foi Cesare Beccaria, a Escola Positivista (científica), cujos autores que se destacaram foram Lombroso com o Positivismo antropológico, Enrico Ferri com o Positivismo Sociológico e Garófalo com o Positivismo Jurídico.

O estudo do criminoso foi objeto de diversas escolas da criminologia desde a Escola Clássica, que considerava o criminoso um ser normal que optava pelo cometimento do crime. Na escola Positiva, em resumo, o criminoso passou a ser compreendido como alguém que não poderia se determinar segundo a vontade por ser atávico, ou seja, portador de características criminosas.

A Escola Correccionalista espanhola, por sua vez, também positiva, considerava que o Estado deveria educar o delinquente e não poderia eliminá-los, pois é a própria sociedade quem cria os delitos.

Após a teoria da anomia e da criminalidade, introduzida por Emile Durkheim, ocorre o que Alessandro Barata denomina de virada sociológica, em que, após influência da sociologia na criminologia, o criminoso deixa de ser definido pelas

teorias criminológicas que se seguiram, somente por características biopsicológicas e passando a ser considerado no contexto social⁴⁴.

As escolas criminológicas posteriores podem ser divididas em dois grandes grupos: as escolas do consenso e as escolas do conflito.

O primeiro grupo relativo às Teorias do Consenso, etiológicas, consideravam a lei como uma expressão da vontade geral da sociedade, pressupondo que os indivíduos partilham dos mesmos valores, de modo que o cometimento do crime significava a violação das normas que reafirmam o Estado.

Essa ideia consensual, que havia funcionado também como um “mito” na consolidação dos Estados do bem-estar, seria considerada no momento de máximo esplendor dessa forma-Estado uma “utopia” da qual seria necessário sair para explicar concretamente o funcionamento da sociedade, segundo o sociólogo, hoje inglês, então alemão, Ralf Dahrendorf. Num artigo de 1958, no qual criticava as teorias funcionalistas Dahrendorf. Destacou que não é o consenso que mantém a sociedade unida, mas sim o domínio exercido por alguns sobre os outros. Dessa maneira, o domínio gera conflito, e o conflito pode derivar em mudanças que nunca serão mais do que relativas à natureza política do domínio. O conflito é, portanto, normal e a ferramenta necessária para a evolução de toda a sociedade.⁴⁵

O segundo grupo, referente às Teorias do Conflito partem da premissa de que não existe consenso na sociedade quanto as regras a serem observadas e que a relação estabelecida é de dominação e de coerção, com a imposição dos valores do grupo dominante ao grupo dominado.

As teorias conflituais da criminalidade negam o princípio do interesse social e do delito natural, afirmando que: a) os interesses que estão na base da formação e da aplicação do direito penal são os interesses daqueles grupos que têm o poder de influir sobre os processos de criminalização – os interesses protegidos através do direito penal não são, pois, interesses comuns a todos os cidadãos; b) a criminalidade, no seu conjunto, é uma realidade social criada através do processo de criminalização. Portanto, a criminalidade e todo o direito penal têm, sempre, natureza política.⁴⁶

⁴⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Revan: 2014, p. 59.

⁴⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 602-603.

⁴⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Revan: 2014, p. 119.

Destacam-se como calcadas nas Teorias do Consenso a Escola de Chicago, a Teoria da Anomia, a Teoria da Subcultura Delinquente e a Teoria da Associação Diferencial.

A Escola de Chicago desenvolveu a sociologia acadêmica no contexto do crescimento demográfico norte americano durante o processo de industrialização das primeiras décadas do século XX, com o aumento desordenado das cidades, sobretudo Detroit, Nova Iorque e Chicago. Com o processo de industrialização ocorreu a necessidade de incremento de mão de obra, que ocorreu com a vinda de diversos grupos advindos de países europeus. Houve um aumento da população urbana, formada por grupos distintos, com cultura distinta e distintos valores e idiomas, e um aumento da criminalidade.

Foram desenvolvidos estudos pelo Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago sobre a prática dos crimes na cidade de Chicago, que foi dividida em zonas, com áreas de maior índice de criminalidade, dentro da cidade, em formato de meia lua em forma de alvo.⁴⁷ O crime foi considerado como decorrente da desorganização social em determinadas zonas da cidade.

A Escola de Chicago teve por principal objeto de estudo a cidade, realizou estudos empíricos na cidade de Chicago, nos Estados Unidos, e desenvolveu a teoria chamada de “ecologia social”. A teoria se baseou no estudo do crime e sua relação com o meio ambiente em que é praticado. A Escola identificou as regiões em que os crimes eram mais ou menos frequentes, bem como as características dos crimes praticados e contemplou a publicação de diversos estudos que se dedicaram à análise da desorganização social que a Escola reputou decorrente do enfraquecimento dos meios de controle social em razão da “heterogeneidade cultural, do anonimato, do individualismo e da concorrência social”⁴⁸.

A Teoria da Associação Diferencial foi desenvolvida pelo sociólogo americano Edwin Sutherland e considera o crime como algo passível de ser aprendido por qualquer pessoa em um processo de aprendizagem e de associação de valores.

⁴⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 424.

⁴⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 415.

Segundo a teoria das associações diferenciais de Sutherland indivíduos “aprendem modelos e esquemas de comportamento diferentes em cada área cultural diferenciada”⁴⁹, de modo que não está associado a fatores genéticos, pobreza ou problemas de personalidade, mas é um comportamento que é aprendido em determinado meio, assim como pode ocorrer com qualquer comportamento. O autor considera a influência do prestígio de determinados grupos e a valorização do comportamento contrário à norma.

A teoria de Sutherland era capaz de explicar tanto a criminalidade das camadas mais pobres quanto a de grupos ricos. Em 1930 foi cunhado o termo crimes de colarinho branco para designar os crimes cometidos por um grupo diferenciado de criminosos, os criminosos empresariais. Para Sutherland a criminalidade econômica também é aprendida e integra a prática de fazer negócios de determinado grupo, que transmite esse comportamento de geração para geração, com valorações favoráveis à infração da lei e ausência de reprovação e censura estatal em razão do status social dos indivíduos que o praticam.

A Teoria da Subcultura Delinquente considera que o conceito de cultura é o conjunto de valores, costumes e tradições de uma sociedade, porém em seu interior é possível a coexistência de subculturas, nas quais as condutas que são desvalorizadas pela cultura jurídica e moral são legitimadas⁵⁰.

A Teoria da Anomia foi desenvolvida também no início do século XX, por Robert King Merton, baseado em Emile Durkheim. A anomia ocorre na sociedade quando os meios existentes e à disposição dos indivíduos são incapazes de conduzir aos objetivos pretendidos, acarretando o desrespeito das normas pelos indivíduos por descrença aos meios institucionalizados.

Nesse contexto ocorre o surgimento de grupos de jovens delinquentes, tema explorado por Albert K. Cohen na obra *Jovens Delinquentes: a cultura das gangues*. O autor considera que a associação de valores diferenciados ocorre pelos jovens para a identificação e reconhecimento pelo grupo.

A delinquência é um meio de conseguir *status*, mas não para obter êxito econômico “mertoniano” por meios ilegítimos; ela é uma forma

⁴⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p.491.

⁵⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 497-498.

de encontrar reconhecimento nos demais, graças à exibição de capacidades que estão, sim ao, seu alcance, muito embora esse reconhecimento se situe no interior do subgrupo. É por isso que a delinquência desses rapazes é expressiva e não utilitária.⁵¹

No âmbito das Teorias do Conflito destacam-se a Teoria do Etiquetamento (*labeling approach*), calcada na ideia de seletividade do Direito Penal e a Teoria Crítica, da qual derivam o Neorrealismo de Esquerda, o minimalismo ou garantismo penal e o abolicionismo penal.

A Teoria do Etiquetamento ou *labeling approach* surge por volta dos anos 1960 nos Estados Unidos e altera o enfoque do estudo da criminalidade, que passa a ser compreendida consequência de um processo em que se atribuiu ao sujeito a qualidade de criminoso etiquetando-o como tal e, por consequência, produzindo um estigma.

De fato, a mudança fundamental era dada tanto pelos métodos quanto pelo objeto de estudo. Tudo isso pode ser resumido com a indicação de que a criminologia da reação social – como também são chamadas as aplicações do “etiquetamento” – deixaria de perguntar quem é criminoso e passaria a perguntar primeiro quem é considerado desviado. Logo viriam outras perguntas associadas a ela, porém mais radicais, como, por exemplo, quem é o que etiqueta dessa forma, como o faz, por que etc. dessa maneira, o enfoque da criminologia mudaria totalmente, pois as definições legais ou institucionais deixariam de ser assumidas acriticamente como algo natural, e a ênfase seria colocada exatamente nessas definições. O objeto do estudo da criminologia deixará desde então de ser o “delinquente” e começará a ser as instâncias que “criam” e “administram” a delinquência. O estudo da criminalidade cederá a vez aos estudos dos processos de criminalização.⁵²

A Teoria Crítica teve origem no início do século XX e é inspirada no marxismo, pois considera o capitalismo como base da criminalidade, ao contribuir para a promoção de diferenças, marginalizando a classe trabalhadora.

O autor holandês Willem Bongers publicou em 1905 a tese *Criminalidade e Questões Econômicas*, na qual considera que o capitalismo é a origem da ruptura de sentimentos humanitários e a causa do militarismo, do machismo e do racismo.⁵³

⁵¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 502.

⁵² ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 588.

⁵³ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan:

em 1960 as ideias marxistas foram retomadas por membros da Escola de Frankfurt emigrados da Europa Central aos Estados Unidos, onde foi desenvolvida a teoria crítica ⁵⁴.

A teoria crítica conseguiria relativizar todas as separações, inclusive as existentes entre indivíduo e sociedade. Ao fazer uma “história autoconsciente”, o indivíduo poderia recuperar seu papel nos poderes públicos coletivos, o que era obstaculizado pela continuada irracionalidade. Para fazê-lo, o homem deveria compreender a totalidade opacada pelas diferentes categorias artificialmente criadas pela atividade desumanizadora. O ser humano era reivindicado como sujeito dessa teoria. ⁵⁵

O neorrealismo de Esquerda surge no início da década de 1980 e considera que as vítimas dos crimes são da classe trabalhadora, que é afetada tanto pelos delitos cometidos pelos pela própria classe operária quanto pelos delitos cometidos pela classe mais favorecida, de modo que favorece a desigualdade do sistema, por atacar os mais vulneráveis.

Sintetizando, os realistas de esquerda estavam de acordo no fato de que o delito é realmente um problema. O Estado não pode inventar nem impor todas as definições e tampouco os meios de comunicação podem fazer isso. Por conseguinte, a comunicação social popular cria bases que não são “artificiais”, e sim que respondem a uma realidade. A maior parte dos delitos, tal como se apresentam atualmente no direito penal, reúne algum tipo de consenso entre a maioria da população. Isso se explica porque quem delinque não é um alguém que luta contra o sistema, mas sim, provavelmente, alguém que vitimiza ainda mais os que poderiam se opor aos sistema, e, dessa forma, adiciona maior confusão, uma vez que atinge especialmente o gozo de determinados direitos por parte desses setores mais vulneráveis. ⁵⁶

O abolicionismo penal considerando a ineficácia do direito penal para a solução da criminalidade defende a abolição do sistema penal. Em uma posição intermediária, o minimalismo ou garantismo penal pretende limitar a violência do

Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 616.

⁵⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 621.

⁵⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 622.

⁵⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 716.

direito penal, que deve ser aplicado de modo limitado, sempre preservando as garantias individuais.

Em relação ao caráter científico, foi a partir do positivismo que se considerou a criminologia como ciência, contudo não há unanimidade entre os autores quanto ao momento de surgimento do estudo científico da criminologia. Muitos autores ao longo da história tangenciam a questão sem se dar conta de que faziam da criminologia seu objeto de estudo. No entanto, pouco pode ser destacado sobre o estudo da criminosa mulher, ou mesmo da análise do sistema punitivo sobre o ponto de vista da mulher.

Lombroso, por exemplo, intitulava-se da escola antropológica italiana. Por outro lado, há autores que usavam o termo criminologia, porém sem o emprego de método.

Para delimitar, assim, o momento pré-científico é necessário delimitar o surgimento da criminologia como ciência, o que ocorreu quando a escola positiva italiana (positivismo criminológico), cujos principais expoentes são Ferri, Garofalo e Lombroso, generalizou o método de investigação empírico-indutivo.

Na obra intitulada *Criminologia*, Shecaira pondera que não se pode deixar de lembrar que o pensamento dogmático da escola clássica só se configuraria no início da segunda metade do século XIX, precedido pelo pensamento filosófico de Beccaria, com a publicação da obra *Dos delitos e das Penas*, reconhecendo-se neste autor o primeiro pensador da criminologia, pois muitas das concepções do direito penal liberal foram lançadas em sua obra.

Desse modo é possível afirmar, em duas grandes linhas, que a criminologia nasce com a escola clássica, ou com o positivismo sociológico ou biológico.

Com o Iluminismo no século XVIII e o advento de mudanças sociais, culturais e políticas, houve radical modificação no plano das ideias com o aparecimento do pensamento racionalista, que permeou as ciências sociais, como já ocorrida com as ciências naturais, dando azo a escola positivista e a clássica, que ancoram seus pensamentos na transformação iluminista e no primado da razão.

Enquanto a escola clássica focou seu olhar na razão iluminista, no crime em si como uma prática escolhida pelo indivíduo, no direito de punir e nas garantias dos indivíduos em face do poder punitivo do Estado, a escola positiva focou nos autores desses fenômenos, com dedicação ao estudo do criminoso.

O positivismo criminológico foi marcado sobretudo por três abordagens ou fases principais, o positivismo antropológico, o positivismo sociológico e o positivismo jurídico. Pode-se afirmar que com a escola antropológica italiana nasceu a criminologia como ciência.

A justificativa racista e não-igualitária do positivismo criminológico (vale lembrar que para Lombroso “a maioria dos delinquentes natos tinha orelhas de abano, cabelos abundantes, barba escassa, seios frontais separados, mandíbula enorme, queixo quadrado ou saliente, pomos largos, gesticulação frequente, um tipo, em resumo, semelhante ao mongol e algumas vezes ao negroide”) baseava-se no que as polícias – no caso, do nascente Estado italiano – realmente faziam. Mediante a observação daqueles pobres homens que eram mandados para os calabouços, o positivismo realiza a síntese do delito e do delinquente. Daí surgirá a ciência do homem criminoso ou criminologia, desde suas origens muito mais ligada ao pensamento conservador ou reacionário do que ao progressista, muito embora poderão ser encontrados positivistas que inspirem tanto as ideias de direito quanto as de esquerda.⁵⁷

Em relação ao momento precursor da fase científica da criminologia, ou seja, antes da fase em que a criminologia passa a ser estudada como ciência autônoma, destaca-se no período da Antiguidade o Código de Hamurabi. Na Idade Média e Moderna são encontradas as mais diferentes e curiosas manifestações acerca da criminalidade, como ciências ocultas, criminogenese, oftalmoscopia, metoposcopia, com destaque para a fisionomia, dedicada ao estudo da aparência externa do indivíduo. A fisionomia deu origem a cranioscopia. Posteriormente, a análise do interior da mente deu origem a frenologia (análise do cérebro).⁵⁸

Anitua indica como antecedentes da criminologia como ciência a fisiognomia e o racismo. Sobre o racismo, pontua que foi no século XIX que adquiriu conotações perigosas.

As preocupações com a salubridade, a sexualidade e, acima de tudo, o controle do ser humano que o século XIX produziria deram fundamento para que fosse firmada uma “inferioridade” natural daqueles homens que não compartilhavam as características morais, religiosas, estéticas, etc. da burguesia. Não se deve esquecer que foi nesse século que teve lugar um grande debate sobre a questão da

⁵⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 298.

⁵⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. CRIMINOLOGIA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

origem do homem. Esse debate chegaria ao seu ponto culminante com a produção teórica evolucionista de Charles Darwin (1809-1882) em *A origem das espécies*, de 1859, e em *A ascendência do homem* de 1871. Nesta última obra, o próprio Darwin colocava uma “hierarquia” de raças que respondia ao senso comum da época.⁵⁹

No âmbito da psiquiatria, Shecaira destaca o trabalho de Bénédict-Augustin Morel associando a criminalidade à degeneração, e Philippe Pinel que realizou diagnósticos clínicos, separando delinquentes de enfermos mentais, a partir do qual surgiram as ideias humanitárias de tratamento de doenças mentais.

Os antropólogos estavam nesse período muito ligados a psiquiatria e à frenologia, enunciando o conceito de atavismo como o reaparecimento de um caráter não presente em seus ascendentes imediatos. Gaspar Virgílio referiu-se as características anormais dos delinquentes, usando na Itália o conceito de criminoso nato.

a própria criminologia surge, historicamente, a partir da psiquiatria criminal, com seus antecedentes históricos de estudos do cérebro. O importante é compreender a “individualização dos sintomas” como momento do determinismo biológico que iria fortalecer argumentos para esse discurso legitimador de desigualdades e neutralizador dos movimentos liberatórios revolucionários que assombraram o mundo das elites europeias. O positivismo criminológico que se instaura na segunda metade do século XIX é produto direto dos valores desenvolvidos a partir do grande internamento do século XVIII: aquele olhar que só poderia provir do poder médico exercido dentro dos muros da prisão, do manicômio e do asilo.⁶⁰

Após a análise dos pensamentos precursores da sociologia moderna, dos estudos da chamada escola cartográfica, que se desenvolveu o conceito do homem médio e ressaltou-se a importância da estatística na criminologia, surgindo, aqui, o conceito de cifra oculta, que se refere aos crimes que são praticados, mas que não são notificados às autoridades competentes e por isso não integram as estatísticas oficiais.

Até os dias atuais noções estatísticas se fazem presentes no estudo da criminologia, sendo que por cifra oculta entende-se o contingente de crimes que não

⁵⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 271.

⁶⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, 2ª edição, p. 51.

são levados ao conhecimento das autoridades e, portanto, não são apurados e investigados, bem como não integram as estatísticas criminais oficiais⁶¹.

Com o iluminismo surgiram as escolas clássica e positivista, ambas baseadas nos ideais iluministas. A escola clássica voltada ao delito e a positivista ao criminoso.

Sobre Beccaria e a obra *Dos Delitos e das Penas* fincam-se os pilares que permitiram construir o arcabouço teórico do classicismo, calcado também no ideal de limitação do arbítrio do soberano e da opressão de um poder autoritário e centralizado.

Beccaria transportou as aspirações filosóficas ao campo do direito penal, sendo a maior expressão da hegemonia da burguesia no plano das ideias penais, defendendo a criação de leis simples, conhecidas do povo e obedecidas por todos os cidadãos. Para o autor as leis devem ser simples e claras e não devem favorecer nenhuma classe particular, protegendo cada membro da sociedade.

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.

Mas, os meios que até hoje se empregam são em geral insuficientes ou contrários ao fim que se propõem. Não é possível submeter a atividade tumultuosa de uma massa de cidadãos a uma ordem geométrica, que não apresente nem irregularidade nem confusão. Embora as leis da natureza sejam sempre simples e sempre constantes, não impedem que os planetas desviem às vezes dos movimentos habituais. Como poderiam, pois, as leis humanas, em meio ao choque das paixões, e dos sentimentos opostos da dor e do prazer, impedir que não haja alguma perturbação e algum desarranjo na sociedade? É essa, porém, a quimera dos homens limitados, quando têm algum poder.

Se se proíbem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem os crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos, porque se mudam arbitrariamente as ideias ordinárias de vício e virtude, que todavia se proclamam eternas e imutáveis.

Além disso, a que ficaria o homem reduzido, se fosse preciso interdizer-lhe tudo o que pode ser para ele uma ocasião de praticar o mal? Seria preciso começar por tirar-lhe o uso dos sentidos.

Para um motivo que leva os homens a cometer um crime, há mil outros que os levam a ações indiferentes, que só são delitos perante

⁶¹ SHECAIRA, Sergio Salomão. CRIMINOLOGIA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

as más leis. Ora, quanto mais se estender a esfera dos crimes, tanto mais se fará que sejam cometidos. porque se verão os delitos multiplicar-se à medida que os motivos de delitos especificados pelas leis forem mais numerosos, sobretudo se a maioria dessas leis não passarem de privilégios, isto é, de um pequeno número de senhores. Quereis prevenir os crimes? Fazeis leis simples e claras; fazei-as amar; e esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las.

Não favoreçam elas nenhuma classe particular; protejam igualmente cada membro da sociedade; receie-as o cidadão e trema somente diante delas. O temor que as leis inspiram é salutar, o temor que os homens inspiram é uma fonte funesta de crimes.⁶²

Dos Delitos e das Penas é a pedra fundamental do direito penal liberal e da própria criminologia clássica. Para o pensamento utilitarista a pena era uma forma de curar uma enfermidade moral, para a escola clássica a pena era a reparação do dano causado pela violação de um contrato, surgindo as penas certas e determinadas.

Em 1876, mais de um século depois da publicação de *Dos Delitos e Das Penas* é publicado *O Homem Delinquente*, obra de Lombroso, inaugurando a fase científica da criminologia, conforme já mencionado, com a alteração das perspectivas dos estudos desenvolvidos. Lombroso toma conceitos da frenologia, da antropologia, e da psiquiatria, com a aplicação do método empírico indutivo.

Lombroso passa a explicar os impulsos criminosos e lança as bases para a sua teoria básica: atavismo, a degeneração pela doença e a noção de criminoso nato.

Em relação a criminalidade feminina, em outra obra denominada *A Mulher Delinquente: A prostituta e a Mulher Normal*, Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero, elaboram um estudo da mulher normal e abordam a delinquência da mulher, sobretudo quanto a prostituição. Do mesmo modo como realizou em *O Homem Delinquente*, o autor elabora estudos quanto ao peso, estatura e força muscular das mulheres em comparação aos homens, além de outros dados anatômicos, tamanho do esqueleto, coração, pulmão, crânio, cérebro e fisionomia.

⁶² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Edição Ridendo Castigat Mores, Versão para ebook: ebooksBrasil.com, Fonte Digital www.jahr.org, Formato Digital. Agosto, 2001, p. 190/192. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em 19/09/2019.

A criminosa é uma espécie de delinquente ocasional, apresentando poucas características de degeneração, pouca obtusidade e etc.; mas estas características tendem a se multiplicar proporcionalmente às suas oportunidades de produzir maldades; já a prostituta tem uma maior semelhança atávica com sua antepassada primitiva e, como veremos, possui uma maior obtusidade tátil e de paladar, uma maior propensão à tatuagem, e assim por diante.⁶³

A obra ressalta a inferioridade feminina tanto biológica quanto em relação à prática dos delitos, analisa a relação entre o macho e a fêmea na ordem animal e entre o homem e a mulher. *A Mulher Delinquente* realiza o estudo da mulher normal e depois passa ao estudo da mulher delinquente e da mulher prostituta. São frequentes as remissões e comparações ao longo da obra com conceitos desenvolvidos por Lombroso em *O Homem Delinquente*, sobretudo ao conceito de criminoso nato.

Além disso, se concluirmos que a prostituição é o equivalente feminino da criminalidade inata, devemos admitir que esse equivalente, embora tenha a mesma origem atávica e a mesma nota de infâmia na opinião pública, exerce, no entanto, influência menos perversa, danosa e temível; e ainda que não exista delito que não prejudique a sociedade, a prostituição pode se tornar uma válvula de garantia à moral pública; além disso, e acima de tudo, não teria sobrevivido tão longamente, se não tivesse sido alimentada pelo vício masculino – desejo útil e vergonhoso; de modo que se pode dizer que a mulher, mesmo quando é brutalizada, mesmo quando erra, ainda assim é útil.⁶⁴

A obra é dividida em quatro partes. A primeira é dedicada à mulher normal e na segunda parte os autores exploram a criminologia feminina e traçam um panorama histórico da prostituição.

Na terceira parte da obra os autores estudam a anatomia e a antropometria da mulher criminosa e da mulher prostituta. Na parte quatro, são abordadas a biologia e a psicologia da mulher delinquente e da prostituta, e as características da menstruação, fecundidade, maternidade, vitalidade, força e reflexos, além de analisar a sensibilidade sexual e as psicopatias sexuais.

⁶³ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal*. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle. Posição: 3928.

⁶⁴ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal*. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle. Posição 141.

Por fim, as criminosas são catalogadas em espécies: a criminosa nata, criminosa ocasional, criminosa passional, suicídio, a prostituta nata, a prostituta ocasional, a louca criminosa, a delinquência epilética e a loucura moral e as delinquentes históricas.

Discípulo de Lombroso, Ferri acrescenta a consideração de fatores sociais a serem compatibilizados com os aspetos endógenos, para o qual a criminalidade decorria de fatores antropológicos, físicos e sociais. Ferri visualiza, assim, cinco principais categorias de delinquentes: nato, louco, habitual, ocasional e o passional.

Rafaele Garófalo, terceiro nome do positivismo italiano, considerava que o crime sempre estava no indivíduo, como revelação de uma natureza degenerada. Com ele surge o conceito de *temibilidade*, que implicava a perversidade constante no delinquente, bem como a quantidade de mal previsto que se deveria reear por parte do indivíduo. Delito natural passa a ser apresentado como a violência daquela parte do sentido moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais de piedade e probidade.

No momento pós-revolução industrial ocorre um processo de aumento da criminalidade com o processo de aumento das populações urbanas, decorrente do incremento do trabalho nas fábricas.

Em relação ao contexto brasileiro, alguns autores sofreram forte influência da escola positiva, a exemplo de Tobias Barreto e Raymundo Nina Rodrigues, com ideias fortemente baseadas em conceitos racistas, e preceitos de eugenia, servindo para a justificação de uma pretensa inferioridade de raças.

Nina Rodrigues publicou em 1894 o livro *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, obra em que tratou da responsabilização penal, atribuía aos negros e indígenas a inferioridade decorrente de desenvolvimento físico que os impediria de agir conforme o livre arbítrio.

Pode-se exigir que todas estas raças distintas respondam por seus atos perante a lei com igual plenitude de responsabilidade penal? Acaso, no célebre postulado da escola clássica e mesmo abstraindo do livre arbítrio incondicional dos metafísicos, se pode admitir que os selvagens americanos e os negros africanos, bem como os seus mestiços, já tenham adquirido o desenvolvimento físico e a soma de faculdades psíquicas, suficientes para reconhecer, num caso dado, o valor legal do seu ato (discernimento) e para se decidir livremente a cometê-lo ou não (livre arbítrio)? – Por ventura pode-se conceder que a consciência do direito e do dever que tem essas raças inferiores, seja a mesma que possui a raça branca civilizada? – ou

que, pela simples convivência e submissão, possam aquelas adquirir, de um momento para o outro, essa consciência, a ponto de se adotar para elas conceito de responsabilidade penal idêntico ao dos italianos, a quem fomos copiar o nosso código?⁶⁵

Os conceitos racistas e preconceituosos são vistos também na produção literária brasileira. Shecaira observa em sua obra *Criminologia* que tais conceitos criminológicos refletiram em obras clássicas da literatura nacional, sobretudo na obra de Machado de Assis, em *O Alienista*, e de Aluísio de Azevedo, em *O Cortiço*, obras em que retratados o conceito de loucura e a noção de superioridade de raças.

O romance *O Alienista* gira em torno da discussão sobre o conceito de loucura e o processo de classificação se assemelha ao realizado por Lombroso, retratando o conceito de loucura:

Uma vez desonerado da administração, o alienista procedeu a uma vasta classificação dos seus enfermos. Dividiu-os primeiramente em duas classes principais: os furiosos e os mansos; daí passou às subclasses, monomanias, delírios, alucinações diversas. Isto feito, começou um estudo aturado e contínuo; analisava os hábitos de cada louco, as horas de acesso, as aversões, as simpatias, as palavras, os gestos, as tendências; inquiria da vida dos enfermos, profissão, costumes, circunstâncias da revelação mórbida, acidentes da infância e da mocidade, doenças de outra espécie, antecedentes na família, uma devassa, enfim, como a não faria o mais atilado corregedor. E cada dia notava uma observação nova, uma descoberta interessante, um fenômeno extraordinário. Ao mesmo tempo estudava o melhor regímen, as substâncias medicamentosas, os meios curativos e os meios paliativos, não só os que vinham nos seus amados árabes, como os que ele mesmo descobria, à força de sagacidade e paciência. Ora, todo esse trabalho levava-lhe o melhor e o mais do tempo. Mal dormia e mal comia; e, ainda comendo, era como se trabalhasse, porque ora interrogava um texto antigo, ora ruminava uma questão, e ia muitas vezes de um cabo a outro do jantar sem dizer uma só palavra a D. Evarista.⁶⁶

Inúmeras são as passagens em que a obra de Aluísio de Azevedo, refletindo uma visão social, se refere por meio do narrador à personagem Bertoleza, ora como “preta fedorenta a cozinha e bodum de peixe”⁶⁷, lamentando-se o personagem João

⁶⁵ RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/h53wj/pdf/rodrigues-9788579820755.pdf>>. Acesso em 29/09/2019.

⁶⁶ ASSIS, Machado de. *O Alienista*. Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro. Livro digital, p. 04. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000012.pdf>>. Acesso em 20/09/2019.

⁶⁷ AZEVEDO, Aluísio de. *O Cortiço*. Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro. Livro digital, p. 104. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000012.pdf>>. Acesso em 20/09/2019.

Romão por ter que deitar-se ao seu lado, no “travesseiro sujo em que se enterrava a hedionda carapinha de crioula”⁶⁸, mais adiante a chama como “diabo daquela negra”⁶⁹ e como “crioula suja”⁷⁰, sempre com a conotação de inferioridade.

Ainda no contexto brasileiro, pode-se destacar forte influência da escola positivista ainda presente no Código Penal de 1940, com a criação do sistema duplo binário, ao punir de forma diferente o criminoso considerado imputável e o inimputável (que não possui discernimento e que por isso recebe medida de segurança de internação ou de tratamento ambulatorial), e a presunção de periculosidade em diversos tipos penais previstos.

A aplicação da pena no Código Penal, conforme previsão do artigo 59, comporta a apreciação da personalidade do agente e de sua conduta social, entre outras circunstâncias judiciais.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Tais considerações para aplicação da pena base, ou seja, da pena inicial da qual partirá para a aplicação das atenuantes, agravantes, causas de aumento ou diminuição legalmente previstas, são influências do positivismo criminológico. A personalidade do agente e a conduta social que ele apresenta são fatores relacionados ao sujeito que comete o delito e não ao fato, e estão na contramão do direito penal do fato, pois direcionam o incremento da punição ao autor e ao que ele é e não somente ao fato que ele cometeu.

A escolha dos criminosos ocorre com mais rigor sob as camadas menos favorecidas da sociedade⁷¹. Isso ocorre porque o sistema penal realiza seleção da clientela já pré-selecionada pelo próprio sistema criminal.

as agências judiciais limitam-se a resolver os poucos casos selecionados pelas polícias e, finalmente, as penitenciárias recolhem

⁶⁸ AZEVEDO, Aluisio de. *O Cortiço*. Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro. Livro digital, p. 104. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000012.pdf>>. Acesso em 20/09/2019.

⁶⁹ AZEVEDO, Aluisio de. *O Cortiço*. Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro. Livro digital, p. 105. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000012.pdf>>. Acesso em 20/09/2019.

⁷⁰ AZEVEDO, Aluisio de. *O Cortiço*. Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro. Livro digital, p. 101. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000012.pdf>>. Acesso em 20/09/2019.

⁷¹ SHECAIRA, Sergio Salomão. *CRIMINOLOGIA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

algumas pessoas selecionadas pelo poder das agências anteriores. Isto demonstra ser a realidade do poder punitivo exatamente inversa à sustentada no discurso jurídico, que pretende colocar em primeiro lugar o legislador, em segundo o juiz, e quase ignora a polícia: na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida. Embora juristas possam elaborar discursos legitimantes deste processo seletivo – e de fato o fazem – o poder exercido por eles mesmos (o propriamente jurídico) é o dos juízes, advogados, promotores, funcionários e auxiliares, posto em prática na agência judicial ou requisitado para seu funcionamento. O resto do poder de criminalização secundária fica fora do alcance de suas mãos e é puro exercício seletivo, mais ou menos arbitrário e estruturalmente inevitável.⁷²

Não se pode esquecer que os crimes noticiados e que chegam ao conhecimento das agências de controle não podem ser considerados como reflexos da realidade. Isso porque existente a cifra oculta, denominação conferida aos crimes que não são noticiados e não chegam ao conhecimento estatístico do Estado.

Jock Young afirma que apenas um terço das infrações são noticiadas à polícia e que a cifra varia de acordo com o crime cometido, enquanto os crimes contra a propriedade como furto e roubo possuem alta taxa de comunicação, os delitos sexuais são menos comunicados⁷³.

No tocante aos crimes de aborto a Pesquisa Nacional desenvolvida pela pesquisadora Débora Diniz informa que o aborto é prática comum no Brasil⁷⁴, no entanto, em pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na data de 05 de setembro de 2019 revela que a criminalização secundária não é correspondente.

Em busca realizada junto a pesquisa de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (www.tjsp.jus.br), em consultas de Julgados de 1º Grau, com os filtros “Classe: Ação Penal de Competência do Júri, Assunto: Aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento” foram 27 resultados de processos para o Estado de São Paulo.

⁷² ZAFFARONI, Eugénio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P.51.

⁷³ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015, p. 64-65.

⁷⁴ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo e MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2017, vol.22, n.2, pp.653-660. ISSN 1413-8123. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em 25/10/2018.

Em análise individual das respectivas ementas apenas vinte e dois processos referiam-se a delitos de aborto cometido pela gestante, sendo um processo referente a crime de homicídio, três processos referentes ao aborto cometido por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126 do Código Penal), um referente ao crime de infanticídio, dois pedidos de autorização para interrupção voluntária da gravidez por anomalia fetal.

Dentre os processos identificados como referentes a crimes de aborto cometidos pela própria gestante dois tiveram condenações pelo júri a pena de um ano de detenção para as rés que praticaram aborto em si mesmas, em um processo ocorreu a absolvição pelo júri, um processo considerou a inimputabilidade da ré por doença e absolveu impropriamente para aplicar medida de segurança.

Em dois processos ocorreu a prescrição da pretensão punitiva (casos em que o Estado perde o direito de punir o crime pelo decurso de tempo superior ao permitido em lei ao longo do processo) e em dois processos houve a extinção da pena em decorrência do cumprimento da suspensão condicional da pena após o período de prova (casos em que ocorre a condenação, porém o cumprimento da pena privativa de liberdade fica suspenso mediante o cumprimento de condições).

Doze processos identificados por envolver aborto praticado pela gestante ou com o seu consentimento foram extintos pelo cumprimento das condições impostas pela suspensão condicional do processo, nos termos da Lei 9099/95, ou seja, sem que as acusadas fossem condenadas.

Portanto, no caso do crime de aborto a seletividade das instâncias de controle criminal é acentuada, uma vez que poucos são os crimes que chegam ao conhecimento das autoridades e ainda menor a quantidade de crimes que percorre o processo penal e chega ao julgamento pelo Tribunal do Júri. Na pesquisa acima, por exemplo, de um total de vinte dois, apenas três processos tiveram condenação, considerando a absolvição imprópria que acarreta a responsabilização à acusada.

3.2 Os movimentos feministas

Os movimentos feministas pela ampliação e igualdade de direitos para as

mulheres na sociedade alcançaram conquistas importantes no âmbito dos direitos civis e políticos. A luta pela igualdade em direitos e o respeito às diversidades, no entanto, ainda é tema de grande repercussão e que demanda a luta constante dos setores da sociedade.

Para além do movimento feminista, hodiernamente coexistem diversos movimentos sociais em busca de igualdade de gênero e liberdade de expressão⁷⁵, com a busca constante de legitimação e reconhecimento de direitos de todas as formas de expressão de gênero então existentes, movimentos cuja viabilidade ocorreu, sobretudo, após as lutas feministas.

A questão de gênero é complexa e se estende além das designações semânticas de feminino e masculino e da distinção entre os sexos biológicos e da orientação sexual ou da identificação social, conceitos que se afiguram maleáveis e mutantes. Scott estuda o gênero como categoria de análise histórica e indica que o estudo do gênero, além de distinguir entre o masculino e o feminino passou a ser utilizado “mais seriamente, no sentido, mais literal, como uma maneira de referir-se à organização social da relação entre os sexos”.⁷⁶

Scott ressalta que atualmente, “gênero” passou a ser utilizado como sinônimo de “mulheres”⁷⁷, com a intenção de conferir uma feição neutra e objetiva aos estudos realizados, na medida em que o termo “inclui as mulheres sem as nomear”⁷⁸, a autora, no entanto, define o gênero como “um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos”⁷⁹ e como “uma forma de significar as relações de poder”⁸⁰, sendo que são construídas reciprocamente as significações de gênero e de poder.

É célebre a frase de Simone de Beauvoir “ninguém nasce mulher: torna-se

⁷⁵ A exemplo dos movimentos LGBTQI+.

⁷⁶ SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10/08/2019. p. 2.

⁷⁷ SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10/08/2019. p. 6.

⁷⁸ SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10/08/2019. p. 6.

⁷⁹ SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10/08/2019. P. 21.

⁸⁰ SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10/08/2019. P. 21.

mulher”⁸¹, comentada por Judith Butler, em *Problemas de Gênero*, em que ressalta que Beauvoir apenas pretendeu sugerir que ser mulher compreende uma gama de significados que é construída socialmente

Beauvoir, é claro, só queria sugerir que a categoria das mulheres é uma realização cultural variável, um conjunto de significados que são assumidos ou absorvidos dentro de um campo cultural, e que ninguém nasce com um gênero – o gênero é sempre adquirido. Por outro lado, Beauvoir desejava afirmar que a pessoa nasce com um sexo, como um sexo, sexuada, e que ser sexuado e ser humano são condições coextensivas e simultâneas; o sexo é um atributo analítico do humano; não há ser humano que não seja sexuado; como atributo necessário, o sexo qualifica o ser humano. Mas o sexo não causa o gênero; e o gênero não pode ser entendido como expressão ou reflexo do sexo; aliás, para Beauvoir, o sexo é imutavelmente um fato, mas o gênero é adquirido, e ao passo que o gênero não pode ser mudado – ou assim pensava ela - , o gênero é a construção cultural variável do sexo, uma miríade de possibilidades abertas de significados culturais ocasionados pelo corpo sexuado.⁸²

O movimento antirracismo exerceu e ainda exerce importante influência sobre o feminismo, na medida em que a mulher negra está ainda em posição de maior vulnerabilidade, pois se soma ao preconceito de gênero o preconceito racial.

O termo feminismo pode ser definido como

A tomada de consciência das mulheres como coletivo humano, da opressão, dominação e exploração de que foram e são objeto por parte do coletivo de homens no seio do patriarcado sob suas diferentes fases históricas, que as move em busca da liberdade de seu sexo e de todas as transformações da sociedade que sejam necessárias para este fim. Partindo desse princípio o feminismo se articula como filosofia política e, ao mesmo tempo, como movimento social.⁸³

O feminismo é, em resumo, a busca por igualdade de direitos entre mulheres e homens e os movimentos feministas podem ser divididos em ondas feministas na luta por direitos ao longo da história.

Deve-se, no entanto, atentar para as diferenças existentes no contexto do movimento feminista. Ronald Dworkin atenta para o equívoco de se tratar todas as

⁸¹ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: 2. a experiencia vivida*. 2ª edição. Tradução de Sérgio Milliet. Difusão Europeia do Livro. P. 9

⁸² BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 194.

⁸³ GARCIA, Carla Cristina. *Breve História do Feminismo*. São Paulo: Claridade, 2011.

mulheres que se consideram feministas como adeptas das mesmas opiniões, uma vez que existente no feminismo diversas opiniões acerca das estratégias para o melhoramento da condição da mulher na sociedade.⁸⁴

Existem, também, divergências quanto a outros temas debatidos pelos movimentos feministas, a exemplo da origem da discriminação das mulheres, sobre a existência ou não de diferenças de cunho biológico, entre outros temas.

O feminismo remonta ao século XVIII, sendo que no contexto do Iluminismo, movimento cultural e filosófico no qual ocorreu controvérsia acerca da igualdade e das diferenças de gênero, a voz das mulheres ganhou força na luta pela conquista dos direitos oriundos das revoluções liberais.

Os direitos de liberdade, fraternidade e igualdade, objeto de defesa, no entanto, não eram aplicados às mulheres, que eram excluídas da propriedade e do direito.

Assim, o movimento feminista é, para fins de estudo, sistematizado em ondas, termo cunhado por Marscha Lear em 1968. A denominada primeira onda do feminismo ocorrida durante o final do século XIX e início do século XX voltou-se a questões jurídicas e direitos políticos, em especial o direito ao voto feminino (sufrágio).

A segunda onda, também conhecida como feminismo radical, ocorrida entre o período compreendido entre as décadas de 1950 e 1980, momento de crise da democracia, em linhas gerais, caracteriza-se pela ampliação na luta pelos direitos das mulheres, compreendendo questões como sexualidade, trabalho, família, direitos reprodutivos, desigualdades sociais fáticas, bem como igualdade legal. Remonta a esse período, também, o enfoque à violência doméstica e reivindicações por mudanças nas leis que disciplinavam o divórcio e fortalecimento do feminismo identitário.

Em particular, a pesquisa e o conhecimento acumulado feministas mudaram profundamente nossas imagens da criminalidade. Sua tarefa tem sido conduzir uma série de estudos e empreender uma análise sistemática, revelando a vitimização oculta das mulheres, o que foi influenciado pelo feminismo radical após a década de 1960. O feminismo radical localizou precisamente a violência contra as mulheres como um modo central de controle das mulheres numa

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 70.

sociedade patriarcal. Revelou a *extensão* dessa violência e a situou em termos do relacionamento entre homens e mulheres.⁸⁵

Destaca-se Simone de Beauvoir com a ideia de que a mulher não é naturalizada, conforme escreveu na obra *O segundo Sexo*, em 1949, com a famosa frase “não se nasce mulher, torna-se mulher”, com a qual a filósofa francesa realiza distinção entre uma construção do “gênero” e um “sexo dado”. Segundo Beauvoir não é possível atribuir às mulheres valores e comportamentos como algo que seja biologicamente determinado, sendo que enquanto o sexo é um dado natural, o gênero é algo construído socialmente e imposto à mulher.

Beauvoir afirma que “nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam o feminino”.⁸⁶ Trata-se, segundo a autora, pois, de um conceito construído socialmente e que é, por isso, incorporado pela mulher com o passar do tempo.

A terceira onda, situada nos anos 1990, discutiu os paradigmas postos pelas ondas anteriores, com incremento do feminismo negro ao não considerar a necessidade de estabelecer recortes de raça e classe para a especificidade das mulheres. Nesse momento, é proposta uma desconstrução das teorias feministas e a quebra da categorização de gênero binário (masculino e feminino), defendendo que esses padrões não são fixos ou intrínsecos.

Na terceira onda ressalta-se, ainda, a defesa da liberdade individual de cada mulher, inclusive para a apropriação dos símbolos femininos, descartados nas ondas feministas anteriores.

No contexto da terceira onda é que se destacou a obra de Judith Butler denominada *Problemas de Gênero*, no ano de 1990. A autora questionou o conceito de mulheres como sujeito do feminismo, mediante crítica a este modelo binário, na tentativa de desnaturalizar o gênero.

Se o gênero não está amarrado ao sexo, causal ou expressivamente, então ele é um tipo de ação que pode potencialmente se proliferar além dos limites binários impostos pelo aspecto binário aparente do

⁸⁵ YOUNG, Jock. A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015, p. 67.

⁸⁶ BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo: 2. a experiência vivida. 2ª edição. Tradução de Sérgio Milliet. Difusão Europeia do Livro, p. 9

sexo. Na verdade, o gênero seria uma espécie de ação cultural/corporal que exige um novo vocabulário, o qual institui e faz com que proliferem participípios de vários tipos, categorias resignificáveis e expansíveis que resistem tanto ao binário como às restrições gramaticais substantivadoras que pesam sobre o gênero.⁸⁷

Pode-se, ainda, mencionar uma quarta onda do feminismo, que ocorre no contexto das redes sociais da atualidade, para organização e conscientização dos ideais feministas.

No Brasil, importante ressaltar que na vigência do Código Civil de 1916, a mulher casada era considerada relativamente incapaz, obrigada a adotar o sobrenome do marido após o matrimônio e demandava autorização do marido para que pudesse exercer trabalho fora de casa, ou residir em local diverso do domicílio conjugal.

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156).
- II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III - os pródigos.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

- I - a representação legal da família;
- II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311);
- III - o direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n. IV);
- IV - **O direito de autorizar a profissão da mulher** e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III);
- V - prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos de família (art. 324).⁸⁸

⁸⁷ BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 195.

⁸⁸ Código Civil de 1916, Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Consulta em: 23/09/19

Durante longos séculos à mulher foi reservado o espaço doméstico em contraposição ao espaço público, sem exercício pleno de direitos civis. Maria Berenice Dias aponta que a “a presença da mulher é uma história de ausência”⁸⁹, na medida que o Direito não concedeu um lugar às mulheres:

À mulher era imposta a submissão e aos filhos a obediência. Relegada ela cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. Mas a busca pela igualdade acabou impondo reflexos no âmbito das relações familiares⁹⁰.

Tal cenário somente foi alterado inicialmente com o advento do Estatuto da Mulher Casada em 1962 e com o reconhecimento de sua plena capacidade jurídica, promovendo alterações substanciais no Código Civil, ao conferir maior autonomia à mulher, que deixou de ser considerada incapaz civilmente ao casar-se e passou a poder escolher seu trabalho:

Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:

I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156).

II - Os pródigos.

III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

“Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce **com a colaboração da mulher**, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

I - A representação legal da família;

II - A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);

III - o direito de fixar o domicílio da família **ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;**

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277”.

III

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

“Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”. (sem grifo no original)

Posteriormente, em 1977, por emenda constitucional regulamentada pela Lei do Divórcio prevista a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial, representando um segundo avanço importante para o reconhecimento da liberdade e autonomia da mulher. O novo texto legal tornou facultativo o uso do sobrenome masculino e substituiu a expressão “desquite” por “separação”.

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.

~~§ 1º O casamento é indissolúvel.~~

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos. (Redação da pela Emenda Constitucional nº 9, de 1977)⁹¹

Ainda no cenário nacional, o processo de reconhecimento de direitos às mulheres avançou significativamente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que enunciou a expressa igualdade entre homens e mulheres no inciso I do art. 5º, inovando o ordenamento jurídico e demandando adequações posteriores ao novo parâmetro.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Por fim, importante, nesse contexto, a edição da Emenda Constitucional nº 66/2006 que, para a maioria da doutrina jurista, aboliu a discussão de culpa no divórcio. A atribuição da culpa a um dos cônjuges pelo fim do casamento repercute, por exemplo, na quantificação de eventual pensão alimentícia, sendo que ao cônjuge culpado são conferidos valores suficientes à sobrevivência, sem garantia do

⁹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#art175%C2%A71>. Acesso em 23/09/2019.

padrão de vida gozado quando da vigência do casamento, o que é denominado de alimentos civis.

A legislação atual permite a realização do divórcio de forma direta, independente da aferição de elementos objetivos (lapso temporal mínimo) ou subjetivos (atribuição de culpa pelo fim do casamento) para a sua decretação. É possível que seja realizado de forma consensual tanto judicialmente perante o Poder Judiciário, quanto extrajudicialmente nos cartórios extrajudiciais de Registro de Pessoa Civil, quando inexistentes filhos menores de idade. Desse modo, tornou-se irrelevante a discussão acerca de qual cônjuge seria o responsável pelo fim do casamento.

3.3 Criminologia Feminista

Historicamente, o estudo da criminologia teve como principal objeto o criminoso homem. Apesar de Lombroso ter escrito a obra *A Mulher Delinquente* na qual analisava, sob a perspectiva do positivismo antropológico, a mulher criminosa e a prostituta, foi a obra *O Homem Delinquente* que adquiriu maior notoriedade.

Nesse sentido, “apesar de tentativas de estudar a mulher criminosa, o grande foco dos estudos criminológicos sempre foi no homem, deixando a mulher como uma exceção à personalidade voltada para o delito.”⁹²

Nas palavras de Ana Paula Portella as primeiras estudiosas femininas ao se referirem a criminologia afirmavam ser “uma disciplina feitas por homens para estudar crimes cometidos por homens”⁹³. A autora indica, outrossim, que as feministas, em um primeiro momento, apontaram para o “lugar marginal ocupado pelas mulheres na criminologia, seja como objeto de estudo, como pesquisadoras ou como integrantes do sistema de justiça criminal”.⁹⁴ Mais adiante, a autora conclui que a criminologia feminista, ao lançar olhar para o campo institucional, observa que

⁹² FARIA, Thais Dumê. A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3310.pdf>>.

⁹³ PORTELLA, Ana Paula. *Criminologia Feminista*. IN: Crime Polícia e Justiça no Brasil. Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattón e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. 1ª edição. São Paulo: Contexto, 2014, p. 160.

⁹⁴ PORTELLA, Ana Paula. *Criminologia Feminista*. IN: Crime Polícia e Justiça no Brasil. Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattón e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. 1ª edição. São Paulo: Contexto, 2014, p. 160.

as posições, tanto na academia quanto o sistema de justiça criminal, são “quase que exclusivamente ocupadas por homens”.⁹⁵

Nesse sentido, no âmbito das ciências criminais em geral, a relação entre Direito Penal e gênero é comumente observada com maior frequência no estudo da vitimologia, sobretudo em relação à mulher como vítima da violência doméstica ou vítima de delitos sexuais, sendo importante uma abordagem sob a perspectiva da política criminal voltada a criminalidade feminina.

Acerca da criminalidade feminina:

No Brasil, a questão da criminalidade feminina ainda não foi suficientemente explorada. Uma das razões, de acordo com Perruci (*apud* FRINHANI, 2003), é pelo fato de os autores que vêm se dedicando sobre a temática não diferenciarem a criminalidade feminina da masculina. Tal postura é amparada pela percepção de que a participação feminina, se comparada à masculina, é praticamente invisível na criminalidade geral, uma vez que representa, aproximadamente, apenas 6% do total de presos. Logo, a impressão que se tem é de que esses teóricos não têm porque se espantar com números tão insignificantes do ponto de vista criminal.⁹⁶

Assim, o estudo da mulher criminoso na criminologia não obteve destaque significativo até o incremento das demandas feministas por reconhecimento de direitos, momento em que essa pretensão alcançou o campo da criminologia de modo mais significativo, mais especificamente na década de 1970, com o movimento da segunda onda do feminismo.

Importante ressaltar a diversidade da abrangência da criminologia feminista desde então. Nesse sentido, Portella assinala que, diante das diferentes perspectivas é mais adequado falar em “criminologias feministas, que se distinguem de acordo com suas posições referentes às fontes das desigualdades de gênero e subordinação das mulheres”⁹⁷, com identificação de diferentes abordagens (feminista liberal, radical, marxista, socialista, pós-moderna e a perspectiva das interseccionalidades).

Sobre a relação entre a mulher e o Direito Lenio Luiz Streck afirma que:

⁹⁵ PORTELLA, Ana Paula. *Criminologia Feminista*. IN: Crime Polícia e Justiça no Brasil. Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattón e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. 1ª edição. São Paulo: Contexto, 2014, p. 163.

⁹⁶ FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. *Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero*. IN: Revista Ártemis, Vol. XVIII nº 1; jul-dez, 2014. p. 212-227.

⁹⁷ PORTELLA, Ana Paula. *Criminologia Feminista*. IN: Crime Polícia e Justiça no Brasil. Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattón e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. 1ª edição. São Paulo: Contexto, 2014, p. 160.

“o problema da relação entre o Direito, a mulher e a sociedade deve ser examinado no contexto da crise do Direito e do Estado e, no meio, a dogmática jurídica. Não é só o problema da mulher, mas o problema dos (demais) setores oprimidos da sociedade.”⁹⁸

Historicamente, a relação entre os gêneros sempre foi marcada por discursos de legitimação da superioridade biológica dos homens, em paralela exclusão das mulheres como sujeito de direito e ator/atriz social. À mulher sempre foi reservado, em regra e como padrão social, o âmbito doméstico e familiar, sem espaço para a vida pública.

Conforme ensina Carla Tayumi Ishiy, o tratamento que foi dispensado às mulheres e homens foi diferenciado pelos valores de “incompletude, inferioridade e dependência atribuídos ao sexo feminino, e os de virilidade, independência e superioridade atribuídos ao masculino”⁹⁹.

O estudo da mulher criminosa não é amplamente realizado, sendo que inicialmente, as mulheres a serem presas eram aquelas acusadas de prostituição ou de bruxaria.

“As mulheres também foram objeto de estudo da criminologia, no entanto, as características consideradas perigosas nas mulheres eram diferentes das dos homens. As mulheres consideradas criminosas no Brasil eram aquelas que possuíam um comportamento considerado fora dos padrões do “ideal feminino”. Puni-las e segregá-las era uma forma de proteger os costumes tradicionais. Dessa forma, estudar quem eram as mulheres consideradas criminosas, suas características e os crimes a elas relacionados pode nos revelar um pouco mais sobre a história da mulher no Brasil.”¹⁰⁰

Com o surgimento da criminologia como ciência e, sobretudo com as escolas positivas da criminologia, a posição de inferioridade feminina na sociedade foi reafirmada. Os estudos de Lombroso contribuíram para essa ideia, bem como para a construção do estereótipo da mulher criminosa de então.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

⁹⁹ A desconstrução da criminalidade feminina. Carla Tayumi Ishiy, São Paulo: 2014, p. 18. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹⁰⁰ FARIA, Thais Dumê. *A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3310.pdf>>. Acesso em 20/09/2018. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

O controle exercido por essa nova ciência não se limitava ao controle de criminosos, mas das categorias consideradas "indesejáveis" para o progresso de uma nação. Para as mulheres, essa nova "ciência" teve o papel de comprovar a suposta inferioridade feminina, além de delimitar os comportamentos aceitos dentro da chamada "normalidade", ou seja, comportamentos que não fossem contrários às normas sociais e aos papéis esperados para as mulheres. Na gama de justificativas para classificar os seres humanos, as mulheres faziam parte do grupo "cientificamente" inferior. Muitos estudos foram feitos para comprovar as diferenças evolutivas entre homens e mulheres. A mulher, considerada inferior e menos capaz, não era muito vista como grande ameaça social, ou pelo menos era vista como mais facilmente contida e "domada" que os homens. No entanto, crimes e criminosas surgiram ao longo da história que fomentaram o debate com relação à existência de criminosas natas, às causas da criminalidade feminina, aos crimes típicos de mulheres e sobretudo aos estigmas atávicos que, reunidos, identificariam a mulher delinquente. Da mesma forma que com os homens, buscou-se definir grupo e categorias de mulheres que ofereceriam perigo social e portanto deveriam ser contidas. Essas características são ainda hoje responsáveis por uma herança preconceituosa não só contra as mulheres, mas contra determinadas características ligadas sobretudo à sexualidade feminina.¹⁰¹

Sobre a negligência das ciências criminais sobre o estudo da mulher criminosa e o desserviço no processo de busca por igualdade, Thais Dumêt Faria aponta que

É importante perceber também de que forma a criminologia, com sua classificação de pessoas contribuiu para a deslegitimação do movimento feminista que era representado por mulheres que romperam com os padrões de normalidade estabelecidos socialmente e pela criminologia.

As mulheres, ao longo da história, têm sido vítimas de uma armadilha social que as coloca numa posição de fragilidade e de docilidade, características responsáveis por uma construção de um estereótipo de pessoas menos capazes. Em matéria criminal, as mulheres também eram consideradas, fruto da tão aclamada docilidade, muito menos capazes de cometer crimes que os homens e quando os cometia, seria sempre sob a influência de um homem ou por motivos de paixão. Essa suposta incapacidade para o mundo do crime é um dos elementos que ajuda a fortalecer o universo feminino como inferior nos diversos campos sociais.¹⁰²

¹⁰¹ FARIA, Thais Dumêt. A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3310.pdf>>. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Acesso em 20/09/2018.

¹⁰² FARIA, Thais Dumêt. A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3310.pdf>>. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Acesso em 20/09/2018.

O estudo cronológico da abordagem da mulher criminosa pode ser dividido em fases. Cássius Guimarães Chail e Kennya Regyna Mesquita Passos apontam que o tema da mulher na criminologia é inaugurado pela Igreja (Teorias Demonológicas) com a criação dos Tribunais do Santo Ofício que tinham o objetivo de exterminar a feitiçaria, em um verdadeiro processo de perseguição misógina.¹⁰³

Com o advento das revoluções burguesas e os ideais iluministas surge um conceito de legalidade como proteção do indivíduo em face do arbítrio estatal, bem como de sedimentação dos papéis femininos de esposa e mãe como “ideais femininos da sociedade burguesa”, sendo o comportamento desviante desse padrão tido como aproximado do crime:

O discurso policial da primeira metade do século XIX, embora não sistematizado como parte integrante da Criminologia, evidenciava essa necessidade de controle sobre o comportamento feminino, ocupando-se dos aspectos morais que levavam mulheres à delinquência, relacionada diretamente aos vícios como o jogo e ao exercício de uma sexualidade considerada imoral. (...) Deste modo, a moral burguesa se impõe e se naturaliza como modelo de normalidade, mantendo a divisão sexual dos espaços e o quase absoluto controle sobre o comportamento das mulheres. Entretanto, deve-se ressaltar a insurgência de movimentos de resistência feminista durante esse período, em face dos prometidos, mas não alcançados ideais de liberdade e igualdade.¹⁰⁴

Com o surgimento da criminologia positivista na segunda metade do século XIX a pessoa do delinquente torna-se objeto de estudo, construindo a noção de violência como fenômeno do indivíduo.

Nesse momento a criminalidade feminina é estudada por Lombroso, que, conforme já mencionado, dirige-se sobretudo ao estudo da mulher criminosa e da mulher prostituta.

Mediante o destaque de aspectos sobretudo físicos o autor estabelece categorias de criminosa: a criminosa nata, a criminosa ocasional, a criminosa passional, a prostituta nata, prostituta ocasional, a louca criminosa, estuda a delinquência epilética e a loucura moral e ainda as delinquentes históricas.

¹⁰³ CHAIL, Cássius Guimarães e PASSOS, Kennya Regyna Mesquita. Gênero e pensamento criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista. IN: Revista de Criminologias e Políticas Criminais | e-ISSN: 2526-0065 | Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 131 - 151 | Jul/Dez. 2016.

¹⁰⁴ CHAIL, Cássius Guimarães e PASSOS, Kennya Regyna Mesquita. Gênero e pensamento criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista. IN: Revista de Criminologias e Políticas Criminais | e-ISSN: 2526-0065 | Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 131 - 151 | Jul/Dez. 2016

A obra é dividida em quatro partes. A primeira é dedicada à mulher normal e na segunda parte os autores exploram a criminologia feminina e traçam um panorama histórico da prostituição. Na terceira parte da obra os autores estudam a anatomia e a antropometria da mulher criminosa e da mulher prostituta. Na parte quatro, são abordadas a biologia e a psicologia da mulher delinquente e da prostituta, e as características da menstruação, fecundidade, maternidade, vitalidade, força e reflexos, além de analisar a sensibilidade sexual e as psicopatias sexuais.

Por fim, as criminosas são catalogadas em espécies: a criminosa nata, criminosa ocasional, criminosa passional, suicídio, a prostituta nata, a prostituta ocasional, a louca criminosa, a delinquência epilética e a loucura moral e as delinquentes históricas.

Na primeira parte dedicada à mulher normal os autores analisam traços de sentimentos e características como crueldade, piedade, maternidade, amor mentira, vaidade.

A singularíssima contradição da coexistência, na mulher, da crueldade e da compaixão, é totalmente resolvida, em nossos estudos, quando consideramos a influência da maternidade: que, inserida dentro da crueldade primitiva, muitas vezes promove a doçura; da mesma forma que a ausência de gênios femininos, bem como a inferioridade da mulher em força e *variabilidade*, explicam por que, sendo congenitamente menos morais, a mulher é menos frequentemente delinquente. Esses fatos, unidos ao atavismo, e ao preponderante ardor masculino, permitem-nos compreender como o equivalente feminino do criminoso nato não está na delinquência, mas na prostituição; o que não deveria, contudo, existir logicamente em um ser em que as necessidades sexuais são tão menos sensíveis.¹⁰⁵

Os autores justificam o estudo prévio da mulher honesta pela necessidade de estabelecimento de um parâmetro para o estudo da mulher criminosa e as características que os autores optam por observar revela muito acerca da visão que se tinha das mulheres na época.

Para aqueles que podem nos censurar por termos nos estendido demasiado no estudo da mulher honesta, devemos lembrar que

¹⁰⁵ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle. Posição 111 a 126.

nenhum dos fenômenos apresentados pela mulher criminosa poderia ser explicado se não tivéssemos de antemão o perfil da mulher normal. E, mais do que isso, quando fomos buscar pesquisas semelhantes, não encontramos nada ou quase nada; pois muitos antropólogos têm desperdiçado tempo e resmas de papel (desconsiderando-se exceções como Pagliani, Sergi, Tarnowsky) em medidas estéreis de tribos selvagens e bárbaras, sem que tenham especificado a estesiometria nas diferentes idades da mulher europeia, de modo que seria impossível afirmar quando seu estado normal findava, e quando se iniciava a patologia.¹⁰⁶

Ao analisarem a mulher normal, sobretudo em relação aos aspectos biológicos e psicológicos os autores ressaltam a inferioridade em comparação com os mesmos estudos relacionados previamente com a população masculina e até mesmo a menor quantidade de sinais degenerativos observada é utilizada como reforço da inferioridade feminina. Inferioridade essa que contribuiu durante muito tempo para que as mulheres fossem colocadas à margem do sistema punitivo.

Mesmo a relativa escassez de sinais degenerativos, que à primeira vista parece ser uma evidente prova de superioridade, é consequência da menor variabilidade da mulher, o que, por sua vez, é um sinal de inferioridade. Mas as condições tornam-se idênticas, ou quase idênticas, quando se trata de monstruosidades; nova e estranha contradição, que apenas a seleção sexual humana pode explicar.¹⁰⁷

Na segunda parte os autores exploram a criminologia feminina, inicialmente pelo estudo os delitos praticados pelas fêmeas das espécies animais, após pelos delitos cometidos pelas mulheres selvagens e primitivas, as condutas que eram consideradas proibidas para as mulheres. São abordadas inclusive as proibições referentes a determinadas condições das mulheres, como quando estão em período menstrual, o que indica que em muitas culturas a fertilidade feminina e as questões a ela relacionadas são revestidas de tabus e mistérios.

Uma série de proibições atinge a mulher menstruada. Os Zend-Avesta consideram qualquer menstruação que dure mais de nove dias efeito de espíritos malignos; as mulheres seriam então espancadas até que se conseguisse afugentar o demônio. Moreau

¹⁰⁶ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle. Posição 129.

¹⁰⁷ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle. Posição 111.

de la Sarthe afirma que os negros, os nativos da América, os ilhéus do Mar do Sul, deixavam suas esposas em uma cabana solitária durante todo o tempo da menstruação. Entre os Illinesi, entre os habitantes do Orinoco e os Acadi, a mulher seria punida com a morte caso não revelasse estar em seus períodos menstruais; de acordo com Gardane, as Brasileiras eram submetidas, durante sua menstruação, a tantas dificuldades, que tentavam evitar a descida das regras fazendo grandes escarificações nas próprias pernas. O Alcorão afirmava serem imundas todas as mulheres por sete dias antes e sete dias após o aparecimento do fluxo menstrual, e as proibia de qualquer relação com homens. Entre os hebreus (Levítico, 9), a mulher menstruada deveria permanecer separada de todos por sete dias, e durante esse período evitaria tocar utensílios ou objetos domésticos; caso contrário, os objetos seriam considerados impuros até à noite. No oitavo dia, a mulher deveria levar ao sacerdote dois pombos ou duas rolas, para que pudesse ser purificada do pecado.

¹⁰⁸

Na sequência, os autores realizam um panorama histórico da prostituição, abordando as comunidades em que a prática da prostituição era considerada um tabu e até mesmo sociedades em que tradicional o ato de ceder a esposa a outros homens, sendo a recusa considerada uma ofensa, sendo a prostituição como hospitalidade considerada um dever, como ocorria no Ceilão, na Groelândia, nas Canárias e no Taiti. ¹⁰⁹

Prostituição da hospitalidade. Podemos entender por que, entre os povos primitivos, a prostituição enquanto hospitalidade era considerada como um dever. A oferta da mulher ao hóspede se encontra no Ceilão, na Gronelândia, nas Canárias, no Taiti, onde a recusa era considerada uma ofensa. “Não consigo pensar” (disse um chefe a um sacerdote escandalizado) “por que uma religião proíbe que se experimente um prazer inocente e, ao mesmo tempo, que se preste um serviço ao país, enriquecendo-o com um novo ser” (Radiquet, op. cit.). Em Noukahiva, o missionário Harris recusou essas ofertas de hospitalidade, e as mulheres o surpreendiam, enquanto ele dormia, para terem certeza de que ele era realmente um homem (Pulding).¹¹⁰

A prostituição ocorria também nas cortes com a nobreza, sendo permitido ao rei o acesso as damas da corte, como ocorria no Palácio do Louvre, em que o rei

¹⁰⁸ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle. Posição 4485.

¹⁰⁹ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle. Posição: 4974.

¹¹⁰ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle. Posição 4974.

possuía meios para acessar os apartamentos das damas que apreciava, sem que houvesse oposição das vítimas, o que não era visto como algo escandaloso.¹¹¹

Na terceira parte da obra os autores estudam a anatomia e antropometria da mulher criminosa e da mulher prostituta. Analisam de modo pormenorizado as medidas, dimensões e pesos das partes do corpo humano das mulheres, dos crânios e cérebros, bem como analisam as anomalias e comparam fotografias e características atávicas, na tentativa de estabelecer as características da criminosa e as diferenças entre a mulher norma, a mulher criminosa e a mulher prostituta.

As mais importantes referem-se àquelas que se relacionam com a capacidade craniana e orbital, e com o peso e diâmetro da mandíbula e do zigoma. É claro que as prostitutas possuem a menor capacidade craniana dentre todas, e mesmo uma escassa capacidade craniana de 1.200 é observada tanto em prostitutas quanto em criminosas; enquanto que, entre as mulheres normais, mesmo naquelas cuja capacidade craniana é pequena, bem como nas que se aproximam da média, a superioridade em relação às duas classes de seu sexo persiste até o limite marcado 1.300, e é mais semelhante à capacidade craniana das pessoas atingidas por doenças mentais do que com as sãs. Na capacidade média e na capacidade superior à média, as mulheres honestas e mesmo as loucas superam criminosas e as prostitutas. Com relação à capacidade craniana maior, a melhor classe de mulheres supera, em cinco ou seis vezes, a das criminosas, prostitutas e loucas. Também a este respeito, as prostitutas são ligeiramente superiores às criminosas; e entre essas últimas, os índices mais altos estão entre as envenenadoras.

Como um todo, as prostitutas destacam-se por apresentarem, em comparação às criminosas, índices de capacidade craniana tanto menores, quanto maiores, embora, quando comparadas com as mulheres honestas, sejam classificadas abaixo das loucas – uma peculiaridade que compartilham especialmente com ladrões, entre os criminosos do sexo masculino. Os valores máximos e os mínimos entre as prostitutas se assemelham mais aos das mulheres de Papua do que com as normais. No que diz respeito à capacidade orbital, o valor máximo é alcançado por envenenadoras e assassinas que, a esse respeito, se assemelham ao homem. O valor mínimo é encontrado entre ladras e lascivas, especialmente prostitutas. É curioso, no entanto, que o tamanho médio da órbita apresentado pelas mulheres normais, que é de 47, e o valor apresentado por loucas, cuja medida média – de acordo com Peli – é de 51, acaba sendo superado, como ocorre no caso dos homens, por quase todas as criminosas mulheres, especialmente as culpadas de crimes

¹¹¹ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle. Posição 5637.

graves, como envenenamento, assassinato e homicídio. A esta regra, as prostitutas são uma exceção.¹¹²

Na parte quatro, são abordadas a biologia e a psicologia da delinquente e da prostituta, e as características femininas da menstruação, fecundidade, vitalidade, força e reflexos, além de sensibilidade sexual e psicopatias sexuais.

Por fim, as criminosas são catalogadas em espécies: a criminosa nata, criminosa ocasional, criminosa passional, suicídio, a prostituta nata, a prostituta ocasional, a louca criminosa, a delinquência epilética e a loucura moral e as delinquentes históricas. Tanto as características de cada espécie quanto os crimes que praticam são analisados, bem como os traços degenerativos constatados pelos autores.

Lombroso realizou o estudo da mulher prostituta em categoria diferenciada de criminosa, com características atávicas próprias. Cumpre observar que para tal análise não eram considerados aspectos sociais e culturais, mas aspectos físicos.

Na discussão sobre o perigo da mulher atraente e bela a figura da prostituta era sempre ressaltada e estudada pelos teóricos criminais. O interessante é notar que as prostitutas eram normalmente estudadas como uma categoria a parte das mulheres. Lombroso, por exemplo, pesquisava a presença dos estigmas atávicos em grupos de mulheres e em grupos de prostitutas e sempre encontrava os maiores índices no segundo. Não levava em consideração, no entanto, assim como não o fez no estudo do homem criminoso, a carga de estigmas preconceituosos, a exclusão social que eram vítimas as prostitutas e sobretudo a possibilidade da existência de outros comportamentos, inclusive sexuais que não seguissem os padrões estabelecidos para as mulheres. A mulher tinha um conjunto de regras a serem seguidas para obedecer aos padrões principalmente de esposa e mãe. A prostituta era vista como uma grande ameaça social porquanto disseminava um modelo de liberdade e sexualidade que deveriam ser eliminados para evitar a repetição por outras mulheres.¹¹³

A partir do ingresso da mulher no mercado de trabalho em decorrência da demanda por mão de obra, ocorreu, também, o incremento da criminalidade feminina.

¹¹² LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle. Posição 6474 a 6505.

¹¹³ FARIA, Thais Dumê. A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3310.pdf>>. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Acesso em 20/09/2018.

Desmistificar estereótipos femininos de docilidade, submissão, mãe exemplar e esposa dedicada permitiu o reconhecimento das mulheres como sujeitos históricos capazes de adequar comportamentos idealizados com atitudes alternativas e estratégias de sobrevivência, resistência e rebeldia, sem, contudo, tentar eximilas de seu papel de criminosas¹¹⁴

No final dos anos 1960 ocorre uma virada paradigmática em um momento histórico de explosão de movimentos reivindicadores de paz e direitos civis, com pensamento de reação e reivindicação das minorias e das mulheres. Nesse momento a criminologia passa a dedicar-se ao estudo das causas e condições de criminalização, com o enfoque da criminologia sobre as formas como a sociedade lida com o fenômeno criminoso (Reação Social).

Posteriormente, na década de setenta, a criminologia crítica passa a ser influenciada pela concepção marxista, sob o viés das relações de poder e do conceito de desigualdade de classes. No entanto, as teorias criminológicas até então permaneceram sem realizar a abordagem das relações de gênero, sendo que os estudos feministas passaram a exercer influência na criminologia apenas após a década de 1970, período em que o feminismo representou uma nova “ruptura paradigmática” na criminologia¹¹⁵.

Conforme preleciona Carmen Hein de Campos, a criminologia identificou a ocorrência de uma dupla violência contra mulher ao subvalorizar as violências de gênero e quando a mulher é sujeito ativo do crime com o aumento da punição por razões de gênero:

Ao trazer a perspectiva das mulheres para o centro dos estudos criminológicos, a criminologia feminista denunciou as violências produzidas pela *forma mentis* masculina de interpretação e aplicação do direito penal. O sistema penal centrado no ‘homem’ (androcêntrico) invariavelmente produziu o que a criminologia feminista identificou como dupla violência contra a mulher. Em um primeiro momento, inviabiliza ou subvaloriza as violências de gênero, ou seja, as violências decorrentes normalmente das relações afetivo-familiares e que ocorrem no ambiente doméstico, como são a grande parte dos casos de homicídios, lesões corporais, ameaças, injúrias, estupros, sequestros e cárceres privados nos quais as mulheres são vítimas. No segundo momento, quando a mulher é sujeito ativo do delito, a criminologia feminista evidenciou o conjunto de metarregras

¹¹⁴ CALEIRO, Regina Célia Lima. *História e Crime: quando a mulher é ré - Franca 1890-1940*. Montes Claros: Unimontes, 2002.

¹¹⁵ CHAIL, Cássius Guimarães e PASSOS, Kennya Regyna Mesquita. Gênero e pensamento criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista. IN: Revista de Criminologias e Políticas Criminais. Curitiba, v. 2, nº 2, p. 131 - 151 | Jul/Dez. 2016.

que produzem o aumento da punição ou o agravamento das formas de execução das penas exclusivamente em decorrência da condição de gênero.¹¹⁶

Na produção contemporânea de estudos sobre a criminologia feminista no Brasil destacam-se algumas obras que indicam explicitamente o estudo de uma Criminologia Feminista e também obras que tangenciam o tema por meio do estudo da criminalidade feminina, do encarceramento e da mulher como vítima.

Maruza Bastos, autora de *Cárcere de Mulheres*, obra publicada no ano de 1997 aponta para a escassez de estudos voltados a criminalidade das mulheres, em descompasso com a quantidade de estudos atinentes a criminalidade masculina. A autora estuda a questão da delinquência feminina e do aprisionamento das mulheres. Maruza Bastos, concluindo que o crime e o criminoso “desempenham um papel social relevante para a manutenção da sociedade como está”¹¹⁷ questiona o papel da prisão para a recuperação das reclusas e afirma que a prisão não contribui para a redução das taxas de criminalidade.

Sob a perspectiva da mulher vítima, Silvia Pimentel, Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer e Valéria Pandjarian publicaram *Estupro: Crime ou “Cortesia”? Abordagem Sociojurídica de Gênero*, no ano de 1998. A obra trabalha por meio de estudo de casos a distribuição desigual da justiça, com base nos julgados analisados em que evidenciam a presença de discriminação de gênero na análise da violência contra a mulher.

Nos estudos de criminologia feminista da obra *Criminologia Feminista*, organizados por Carmen Hein de Campos são compilados estudos sobre a criminalidade feminina produzidos por Carmen Hein de Campos, Alessandro Baratta, Lênio Luiz Streck e Vera Regina Pereira de Andrade, publicado em 1999 como resultado da Conferência Criminologia e Feminismo, promovido pela Themis – Acessoria Jurídica e Estudos de Gênero. A obra volta-se à análise do impacto do feminismo na Criminologia Crítica e analisa o cometimento dos crimes contra as mulheres, considerando os conceitos trazidos pelo feminismo.

¹¹⁶ CAMPOS, Carmem Hein. 2014, p.152 CAMPOS, Carmem Hein de. CARVALHO, Salo de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. 2014. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf>. Acesso em 26/10/2018.

¹¹⁷ BASTOS, Maruza, *Cárcere de Mulheres*. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda, 1997. P. 109.

Soraia da Rosa Mendes autora da obra *Criminologia Feminista – novos paradigmas* (2014) e da obra *Processo Penal Feminista* (2019), considera na primeira obra que o paradigma feminista acarretou uma nova forma de produção do conhecimento a partir da realidade das mulheres como vítimas ou como réas. Em *Processo Penal Feminista* a autora repensa o processo penal sob o ponto de vista teórico e prático, considerando aspectos atinentes a mulher como vítima e como ré, bem como as repercussões na análise das provas, da prisão domiciliar de mulheres gestantes ou com filhos menores de 12 anos, do feminicídio e da criminalização das mulheres pelo tráfico de drogas.

Debora Diniz, autora do livro *Cadeia: relato sobre mulheres*, publicado em 2015, dedicou-se a pesquisa de campo com coleta de relatos de mulheres aprisionadas no Distrito Federal. A autora também coordenou a Pesquisa Nacional sobre o Aborto de 2016, que será abordado adiante no presente trabalho.

Os trabalhos são produzidos sobretudo após os anos 1990 no Brasil e ainda apresentam um campo em exploração, com a realização de trabalhos acadêmicos voltados a sua discussão¹¹⁸.

Conforme visto, a grande maioria dos estudos de criminologia abordaram a perspectiva do homem como autor de crimes, em relação à mulher não foi considerada como sujeito central da política ou do estudo do crime. Os estudos lombrosianos dedicaram-se aos aspectos físicos das mulheres consideradas criminosas na época, sobretudo aquelas que mantinham comportamento desviante do que era considerado a normalidade, como reflexo de um sistema jurídico e moral já ultrapassado. As teorias que se seguiram não abordaram especificamente a questão da mulher.

Com o advento de perspectivas femininas algumas autoras e autores passaram a questionar a inexistência da abordagem criminológica sob a perspectiva da mulher, realizando trabalhos sobre o aprisionamento feminino e sobre o

¹¹⁸ Dentre os trabalhos acadêmicos produzidos: MAVILA, Guilma Olga Espinoza. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo. O Direito ao Trabalho em uma prisão feminina*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003; LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Mulheres homicidas: novos aspectos criminológicos e penais*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2008; MANCUSO, Juliana Novaes. *Políticas públicas para mulheres encarceradas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2009; ISHIY, Karla Tayumi. *A desconstrução da criminalidade feminina*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2014. TRINDADE, Ligia Cintra de Lima. *Guerra às drogas e criminalização das mulheres*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2016; SANTOS, Sílvia Chakian de Toledo. *A tutela penal da Mulher: histórico, limites e exigências para uma proteção eficiente*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018; MELO, Monica de. *Direito fundamental à vida e ao aborto a partir de uma perspectiva constitucional, de gênero e da criminologia*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

cometimento de crimes por mulheres. Não se pode ignorar a possível influência da presença das mulheres em diversos campos da ciência e o aumento da presença feminina no espaço acadêmico para o interesse na pesquisa acadêmica sobre as questões atinentes às mulheres também no campo jurídico, penal e criminológico.

Os estudos sobre criminologia e feminismo, sobre criminologia feminista e os estudos que apresentam a perspectiva da mulher como sujeito de estudo da criminologia, da política criminal e do direito penal, compõem um arcabouço teórico em formação, para a conscientização de que a mulher é pouco contemplada pelo sistema jurídico-criminal vigente, para a imposição das demandas femininas no campo jurídico e para as consequentes reivindicações por políticas públicas voltadas às mulheres.

4 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo, pretende-se realizar uma breve análise contextualizadora do tratamento jurídico penal do aborto pela legislação brasileira. É realizada também, a abordagem dos direitos fundamentais envolvidos no debate acerca da descriminalização do aborto e os números referentes ao aborto no Brasil.

Em seguida será analisado o cenário jurisprudência favorável a descriminalização e o cenário legislativo atual, abordando tanto os projetos voltados a descriminalização quanto os projetos que visam aumentar a criminalização do aborto e reduzir as hipóteses de aborto legal.

4.1 Contextualização: conceito de aborto e previsão legal do aborto no Brasil

Sobre a perspectiva histórica, o aborto sempre foi considerado crime no Brasil. A Constituição Imperial do Brasil, apesar de não fazer referência expressa à vida, trazia uma série de direitos civis e políticos¹¹⁹.

Posteriormente, o Código Criminal do Império, de 1830, trouxe previsão do crime de aborto nos artigos 199 e 200, com punição apenas para o terceiro que praticasse o aborto, de modo que a gestante que o praticou ou que consentiu com a sua prática não era criminalizada.

O Código Penal de 1890 passou a criminalizar o aborto nos artigos 300 a 302, recrudescendo a punição e tipificando a punição do autoaborto. A Consolidação das Leis Penais de 1932 substituiu o primeiro Código Penal Republicano, sendo uma consolidação das leis penais esparsas.

O Código Penal Brasileiro de 1940, ainda em vigor, “manteve-se fiel às tradições liberais”¹²⁰ e, na parte especial, no Título I – Dos Crimes Contra a Pessoa,

¹¹⁹ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Aborto: Estados Unidos e Brasil, um estudo comparado. São Paulo: PAM:2015. P. 66-67.

¹²⁰ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Aborto: Estados Unidos e Brasil, um estudo comparado. São Paulo: PAM:2015. P. 66-

no Capítulo I – Dos Crimes Contra a Vida, traz a tipificação penal do crime de aborto nos artigos 124 a 127, conforme segue:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

No âmbito dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, o Brasil, como Estado Democrático de Direito, assumiu em âmbito global o compromisso com o respeito aos Direitos Humanos.

O aborto está tipificado no capítulo referente aos crimes contra vida e, ao lado do homicídio, feminicídio, infanticídio e induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, integra o rol dos crimes de competência do Tribunal do Júri, conforme previsão constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Na conferência Mundial sobre Direitos Humanos ocorrida em 1993 e organizada pela Organização das Nações Unidas, foi realizada a recomendação de que os Estados ponderassem acerca da elaboração de um plano nacional para identificar o quanto necessário para a melhoria e promoção dos Direitos Humanos em seu interior.

Assim, com a intenção de verificar os problemas atinentes aos Direitos Humanos e coordenar ações para a sua superação, o Brasil editou, por meio de decreto presidencial três Programas Nacionais de Direito Humanos no Brasil, 1, 2 e 3, respectivamente nos anos de 1996, 2002 e 2009.

O Programa Nacional de Direitos Humanos 3 ainda está em vigor e revogou o segundo Programa Nacional, detalhando de forma inédita, não apenas eixos e diretrizes, mas também a forma como deveriam ser implementados.

A redação original do PNDH-3¹²¹ previa o apoio a aprovação de projeto de lei para descriminalização do aborto:

- g) Apoiar a aprovação do projeto de lei que descriminaliza o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos.

Contudo, o texto foi alterado pelo Decreto nº 7.177 de 2010, para aprovação, suprimindo a descriminalização, e considerando-o questão de saúde pública, passando a constar a seguinte redação:

- g) Considerar o aborto como tema de saúde pública, com a garantia do acesso aos serviços de saúde. (Redação dada pelo Decreto nº 7.177, de 2010)

Desse modo, o Programa Nacional não fomentou a descriminalização do aborto, que permanece criminalizado no Brasil.

¹²¹ Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm>, acesso em 11/09/2019.

O aborto pode ser definido como “a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção”¹²². O termo inicial da prática do aborto é o começo da gravidez. O bem jurídico tutelado pelo Direito Penal nesse crime é a vida intrauterina

Verifica-se, portanto, que a legislação penal brasileira proíbe a realização do aborto pela própria gestante (art. 124) ou o praticado com o seu consentimento (art. 126), assim como o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 126).

O Código Penal prevê duas hipóteses legais de permissão de realização de aborto, as denominadas hipóteses de aborto legitimado, ou aborto legal, pois acobertadas por excludentes de ilicitude. São a hipótese de aborto necessário, quando não existir outro meio para salvar a vida da gestante, e a hipótese de aborto sentimental, no caso de gravidez resultante de estupro.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: [\(Vide ADPF 54\)](#)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A estes dois casos permissivos, acrescenta-se um terceiro, qual seja, o aborto em casos de feto anencefálico. Trata-se de permissivo oriundo da atuação jurisprudencial, por força do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, com efeito vinculante e cuja abordagem será explorada de modo mais detido adiante no presente estudo.

¹²² MIRABETE, Manual de Direito Penal, Parte Especial, v. 2. São Paulo: Atlas. P. 62.

4.2 Os direitos fundamentais, o direito à vida e a tutela penal do aborto

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz nos artigos 5º e 6º vasta gama de direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana. Muitos dos direitos fundamentais elencados neste rol são objeto de disciplina pela lei civil sobre a denominação de direitos da personalidade.

Dentre os direitos fundamentais pertinentes ao estudo aqui realizado destacam-se o direito à integridade física e moral da gestante e a discussão atinente ao direito à vida do feto.

A atual redação do artigo 2º do Código Civil dispõe que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas que a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Os direitos fundamentais encontram fundamentação constitucional¹²³ e legal, todavia, seu conceito não se esgota na previsão positiva, enquadram-se na esfera do direito civil e repercutem no âmbito do direito público, ou seja, possuem tanto eficácia vertical quanto horizontal, com incidência nas relações travadas entre os particulares e entre estes e o Estado¹²⁴. Embora disciplinada pela lei civil, com a alcunha de direitos da personalidade, a temática acerca dos direitos fundamentais transcende a outras esferas do direito e possui peculiaridades próprias.

Os direitos fundamentais são, portanto, conforme a legislação civil, adquiridos com a personalidade jurídica, a qual, no direito brasileiro, tem início com o nascimento com vida. A personalidade jurídica consubstancia aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, e seu conceito está estritamente ao ligado conceito de pessoa.

Carlos Roberto Gonçalves define:

¹²³ Art. 5º, X, da Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹²⁴ A eficácia vertical se refere à observância dos direitos personalidade pelo Poder Público, ao passo que a eficácia horizontal dos direitos da personalidade consubstancia o dever de observância pelos próprios indivíduos.

A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade igualdade. É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres. Clóvis Beviláqua a define como 'aptidão, a ser reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações'.¹²⁵

A personalidade jurídica é, assim, conquista conferida universalmente aos seres humanos, que a todos reconhece direitos e confere deveres.

A história, todavia, confirma que o ser humano nem sempre foi reconhecido como sujeito de direitos, "no direito romano o escravo era tratado como coisa"¹²⁶, assim como na história recente do nosso país em que presente a escravização de indígenas e negros africanos. Na contemporaneidade é presente a submissão de inúmeras pessoas a condições de trabalho análogas à escravidão e a própria lógica do sistema capitalista acarreta o afastamento da dignidade humana nas relações de mercado.

Acerca da personalidade, Caio Mário da Silva Pereira esclarece que:

Como o ser humano é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz-se que toda pessoa é dotada de *personalidade*. Mas não se diz que somente a pessoa, individualmente considerada, tem essa aptidão. O direito reconhece igualmente personalidade a entes morais, sejam os que se constituem de agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social (sociedades e associações), sejam os que se formam mediante a destinação de um patrimônio para um fim determinado (fundações), aos quais é atribuída com autonomia e independência relativamente às pessoas físicas de seus componentes ou dirigentes.¹²⁷

A capacidade, por sua vez, configura a medida da personalidade e com esta não se confunde, podendo ser plena ou limitada. A capacidade se divide em capacidade de direito, ou de gozo, e capacidade de fato. A capacidade de direito é a capacidade para aquisição de direitos e é inerente a todo ser humano, que a adquire com o nascimento. Dessa forma, todo ser humano é capaz para adquirir direitos.

A capacidade de fato, por sua vez, diferentemente da capacidade de direito, não é conferida a todo ser humano. Sinônimo de capacidade de exercício ou

¹²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014, p.105.

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014, p.105.

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 26ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 247.

capacidade de ação, a capacidade de fato é a capacidade para o exercício dos atos da vida civil.

Algumas pessoas carecem do necessário discernimento para sozinhas praticarem os atos da vida civil, porque lhes falta idade, saúde, ou desenvolvimento mental. Assim são os chamados incapazes, absoluta ou relativamente, que, para a prática dos atos da vida civil demandam representação ou assistência, pois não possuem a plena capacidade de fato para a prática dos atos da vida civil.

Na atual sistemática do Código Civil não existe distinção entre gêneros. No entanto, conforme já mencionado no capítulo sobre os movimentos feministas, no Brasil durante vigência do Código Civil de 1916 e até o ano de 1962 a mulher casada era considerada após o casamento uma pessoa relativamente incapaz e carecia de autorização do marido para que pudesse exercer trabalho fora de casa, ou residir em local diverso do domicílio conjugal. Somente com o advento do Estatuto da Mulher Casada em 1962 ocorreu o reconhecimento da plena capacidade jurídica da mulher mesmo após o casamento.

O art. 2º do Código Civil Brasileiro dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, com isso temos que a lei pátria considera o nascimento como o marco inicial da personalidade, momento que coincide com o surgimento dos direitos da personalidade/direitos fundamentais. Dessa forma:

Não depende esta da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do ser humano dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável.¹²⁸

Caio Mário da Silva Pereira explica que a personalidade é atributo da pessoa humana e está a ela indissoluvelmente ligada, sendo que o início da personalidade coincide o início da própria vida. Segundo o autor:

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, 26ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.248.

Para o direito romano, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não havia falar em sujeito ou em objeto do direito. O feto, nas entranhas maternas, era uma parte da mãe, '*portio mulieris vel viscerum*', e não uma pessoa, um ente ou um corpo. Por isso mesmo, não podia ter direitos, não podia ter atributos reconhecidos às pessoas. Mas, isto não obstante, os seus interesses eram resguardados e protegidos, e em atenção a eles, muito embora se reconhecesse que o nascimento era requisito para aquisição de direitos, enunciava-se a regra da antecipação presumida de seu nascimento, dizendo-se que "*nasciturus pro iam nato habetur quoties de ius commodis agitur*". Operava-se, desta sorte, uma comparação do concebido ao já nascido, não para considerá-lo pessoa, porém no propósito de assegurar seus interesses, o que excluía a uma só vez os direitos de terceiros e qualquer situação contrária aos seus cômodos.¹²⁹

O mesmo autor expressamente elucida que o nascimento com vida é, para ordenamento jurídico brasileiro, o início da personalidade, marco a partir do qual existe uma pessoa "em que se integram direitos e obrigações"¹³⁰.

No tocante ao fim da personalidade, certo é que ocorre com a morte, eis que, atributo do ser humano que o acompanha por toda a vida, no direito atual, não se reconhece hipótese de perda da personalidade em vida.

A morte no direito brasileiro, ocorre quando constatada a morte cerebral, sendo possível, para efeitos sucessórios, a consideração da morte presumida, que resulta de processo judicial próprio.

Os direitos fundamentais representam um rol de direitos subjetivos dos seres humanos. Consubstanciam garantias de proteção de seus aspectos físicos, psíquicos e intelectuais, ligados a própria condição humana, e às circunstâncias necessárias para o seu pleno desenvolvimento.

José Afonso da Silva ensina que "no qualificativo de *direitos fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive"¹³¹.

A historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade são características dos direitos fundamentais que podem ser expressos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou decorrentes dos tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil e que, por fim, podem ser

¹²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, 26ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.250.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, 26ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 254.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 181.

classificados em direitos individuais, direitos à nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais, direitos coletivos e direitos solidários, não excluindo os direitos não enumerados na Constituição¹³².

Após as duas grandes guerras mundiais, com a propagação das graves violações de direitos humanos ocorridas, culminando com a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, houve o reconhecimento formal da dignidade da pessoa humana como valor máximo digno de proteção.

Assim, a dignidade da pessoa humana¹³³ assumiu importante posição nos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro, que, com a Constituição Federal de 1988 passou a considerá-la princípio fundamental, sobre o qual devem ser interpretadas as demais áreas do direito.

A necessidade de tratamento pormenorizado das agressões à pessoa humana em sua dignidade, deu ensejo à retomada dos direitos fundamentais no contexto da redemocratização no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe ampla proteção dos direitos fundamentais, considerados cláusulas pétreas, bem como mecanismos para sua efetiva garantia.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o reconhecimento dos direitos inerentes a natureza humana, assegurando, em rol não taxativo a proteção do direito à vida, liberdade, igualdade, integridade física, inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, bem como proibiu a tortura e os atos que degradam o ser humano e pautada no princípio da igualdade, conferiu proteção dos direitos fundamentais tanto do brasileiro quanto do estrangeiro.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹³² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186 e 196.

¹³³ Schreiber salienta a importância de um estudo aprofundado sobre o real significado da expressão "dignidade da pessoa humana" pois seu uso indiscriminado pode conduzir à banalização do instituto. Assim, propõe a seguinte definição: "a dignidade humana é o valor síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana"; e acrescenta: "seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir do seu próprio substrato cultural". (In: SCHREIBER: 08).

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O Código Civil de 2002, por sua vez, traz a proteção dos direitos concernentes à integridade física e moral e em seus artigos 11 a 21 regulou o direito ao próprio corpo, ao nome, à honra, à imagem e o direito à privacidade.

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Na definição de Washington de Barros Monteiro os direitos da personalidade “São características inerentes ao indivíduo, que se intuem facilmente, que até dispensariam menção, dada sua inarredabilidade da condição humana, mas que nem sempre são fáceis de explicar ou traduzir em palavras” ¹³⁴.

Segundo Pereira:

A Constituição Federal de 1988 declarou que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação (art.5º, X). Estes direitos ali elencados são considerados o mínimo, nada impedindo que outros sejam arrolados em lei (art.5º, §2º).¹³⁵

O entendimento afigura-se condizente com a interpretação global do ordenamento jurídico frente a sociedade atual, em contexto de interações em tempo recorde, na qual jamais a comunicação revelou-se tão imediata, aproximando pessoas e culturas, numa mescla de mudanças e inovações¹³⁶.

¹³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 96.

¹³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 26ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 273.

¹³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 228.

Os direitos fundamentais foram tratados de diversas formas pelos ordenamentos jurídicos. Na própria legislação nacional, a Constituição conferiu ao Título II a expressão “Direitos e Garantias Fundamentais”. Schreiber anota que a variedade de termos não deve gerar confusão, pois a alteração refere-se ao “plano em que a personalidade humana se manifesta”¹³⁷. Enquanto a expressão “direitos humanos” é mais utilizada no âmbito internacional, direitos fundamentais designam os direitos positivados em uma Constituição. Por fim, a expressão “direitos da personalidade” é “empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares”¹³⁸.

Dessa forma, as diferentes designações são apenas nomenclaturas diversas para o mesmo fenômeno jurídico, quando analisado sob diferentes enfoques. Certo que os direitos fundamentais não compõem um rol taxativo.

No direito pátrio, os direitos previstos na lei civil encontram correspondência expressa no art. 5º da Constituição Federal, que elenca, inclusive, rol ainda mais extenso desses direitos. Como assevera Schreiber, nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, haja vista que o constituinte elencou neste Título direitos de caráter patrimonial, a exemplo do direito de propriedade e direitos coletivos, como o direito de greve, que não representam atributos essenciais da pessoa humana.

O respeito à pessoa humana firmou-se em diversas legislações e constitui cláusula geral que abarca situações diversas que atentem contra a proteção da pessoa, enunciando a proteção contra lesão em todas as suas manifestações de personalidade, com a criação de mecanismos de proteção.

Após a Revolução Francesa surgiu, juntamente com a liberdade e fraternidade, a noção de igualdade na proteção legal para pessoas de diferentes camadas sociais (igualdade em sentido formal), as quais merecedoras de idêntica tutela em seus direitos. De modo que a proteção do ser humano deve ser abrangente e compreender a proteção antes, durante e após a vida, considerando o ser humano como sujeito de direitos e não mais como objeto, em consonância com

¹³⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

¹³⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

o ideal kantiano segundo o qual o homem deve ser considerado um fim em si mesmo, jamais um meio para o alcance de uma finalidade almejada.

Os direitos fundamentais, inerentes ao ser humano, não comportam restrição em razão de gênero, mas deve-se observar que os direitos podem adquirir diferentes contornos. No caso do aborto os direitos fundamentais mais debatidos são o direito à vida, o direito ao próprio corpo, a igualdade, a liberdade de escolha e de autodeterminação, sendo certo que tais direitos devem ser considerados sobre a perspectiva da mulher a quem a natureza atribui o processo gestacional.

Em relação ao direito fundamental à vida José Afonso da Silva pondera que “de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, senão erigisse a vida humana num desses direitos”.¹³⁹ A vida se apresenta, assim, como o direito primeiro, essencial ao exercício dos demais direitos fundamentais humanos.

O mesmo autor sobre o aborto ensina que existiam três tendências para o tratamento do tema na Constituinte. Apesar de a Constituição não enfrentar diretamente a questão, uma corrente queria proibir o aborto, assegurando o direito à vida desde a concepção. Uma segunda visão previa vida apenas na vida extrauterina, sendo a interina “inseparável do corpo que a concebesse ou recebesse” e, assim, de “responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto”¹⁴⁰. Por fim, terceiro entendimento era o que a Constituição não deveria se posicionar a respeito da proibição ou permissão do aborto.

O início da vida é questão polêmica e que desperta convicções variadas e mutáveis. No âmbito da ciência, que também não é imutável, são quatro as posições acerca do início da vida, a primeira considera que o termo inicial da vida ocorre com a fecundação, para a segunda posição o nascituro é pessoa em potencial, para um terceiro posicionamento a vida começa com a nidação, o quarto entendimento, por fim, defende que o início da vida ocorre quando se inicia a formação dos rudimentos do sistema nervoso central do embrião.

O art. 2º do Código Civil garante os direitos do nascituro desde a concepção, momento em que, biologicamente, pode ser defendido o início da gravidez, ao passo

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 199.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

que para fins do Direito Penal, para a caracterização do crime de aborto considera-se o início da gestação com o acontecimento da nidação, ou seja, a implantação do óvulo fecundado na parede do útero.

Assim, em que pese o debate de cunho moral ou religioso sobre o início da vida, o critério adotado pelo ordenamento jurídico para fins penais é o critério científico segundo o qual a vida começa após a nidação. No âmbito do Direito Civil, a teoria a que o Código Civil se aproxima é a natalista, ao considerar que a personalidade tem início com o nascimento. Existe, contudo, tendência de aproximação em alguns julgados da teoria concepcionista, ao admitir a possibilidade de reconhecimento de dano moral ao nascituro, admitindo-se, por consequência, a atribuição de certos direitos fundamentais ao ser ainda em desenvolvimento uterino.

Contudo, questão precedente à discussão da existência de direitos fundamentais do nascituro, é a análise do direito ao aborto a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais da mulher, como sujeito de direitos e titular de dignidade humana a ser resguardada e garantida pelo ordenamento jurídico.

Sob este vértice, o direito fundamental ao próprio corpo se apresenta como decorrência da dignidade da pessoa humana, assim como o direito fundamental de escolha e de autodeterminação.

No tocante a igualdade há de se considerar que a gestação é um processo e um fenômeno fisiológico que ocorre no interior do útero de um corpo feminino, fenômeno esse que não se dá no corpo masculino. Ademais, trata-se de um processo que não acaba com o parto, término da gestação, mas que representa uma série de alterações tanto fisiológicas, pré e pós parto, quanto de ordem social e econômica.

Além disso, o nascimento de uma criança acarreta a tomada de decisões pela mulher, quer sejam para a criação desta criança ou para sua colocação em adoção, decisões que acarretam consequências jurídicas, sociais e morais, que são impostas à mulher quando o aborto não é permitido. Tais consequências não necessariamente são impostas ao homem, na medida em que, como não responsáveis pela gestação, o destino do seu produto não lhes acompanha e dele

podem se desvencilhar a qualquer momento, sendo responsabilizados tão somente no âmbito cível¹⁴¹.

Soraia da Rosa Mendes¹⁴² apresenta posição com a qual o presente trabalho concorda de que o aborto é um direito fundamental exclusivo das mulheres em decorrência do direito à autodeterminação:

O direito à autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe, é um direito que é, ao mesmo tempo, fundamental e exclusivo das mulheres porque forma um todo com a liberdade pessoal (autodeterminação) da mulher em optar em se tornar mãe ou não. Trata-se, portanto, de uma liberdade negativa, de uma alternativa de ação (MENDES, Soraia da Rosa. P. 229-230).

A posição da autora é de que o aborto, tal qual tipificado no Código Penal de 1940, sequer foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, na medida em que os direitos fundamentais garantem às mulheres o delineamento autônomo de suas próprias vidas, a partir do que a autodeterminação significa para cada mulher, sendo que o delineamento autônomo não pode ser realizado à revelia da própria mulher envolvida.

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais compõem rol não taxativo e que à mulher deve ser garantido o pleno exercício de seus direitos em prol da dignidade humana, no cotejo entre os direitos envolvidos deve ser dada primazia ao direito de escolha da mulher. A decisão de interromper a gestação ou de tornar-se mãe deve ser uma opção realizada sem a interferência externa e não mediante uma imposição estatal.

4.3 O aborto em números

Com as ressalvas de se tratar de uma prática criminalizada a pesquisa quanto ao contingente de abortos e do perfil das mulheres que o praticam encontra óbice natural, pois muitas interrupções se encontram sob a denominada cifra oculta

¹⁴¹ As consequências comportam a possibilidade de pagamento de alimentos provisionais à gestante para a sua manutenção e do feto, e após o nascimento o reconhecimento da paternidade, o exercício do poder familiar, a prestação de alimentos e o exercício do dever de cuidado e sustento sob pena de responsabilização por dano moral na esfera cível, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.087.561.

¹⁴² MENDES, Soraia da Rosa. (RE)Pensando a Criminologia: Reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. Universidade de Brasília, 2012. P. 229-230.

e não chegam ao conhecimento das autoridades.

Desse modo, as pesquisas apresentam dados que podem estar subestimados em comparação com um número real que poderia ser obtido na hipótese de se tratar de um procedimento lícito.

Os números da Pesquisa Nacional do Aborto¹⁴³, realizada pelos pesquisadores Débora Diniz, Marcelo Medeiros e Alberto Madeiro realizada no ano de 2016 apresentou dados conclusivos e comparativos em relação a idêntica pesquisa realizada no ano de 2010, quanto ao perfil das mulheres que praticaram o aborto e a sua magnitude.

Baseada em levantamento domiciliar, combinando técnica de urna e entrevistas face a face com mulheres em idade entre 18 e 39 anos e amostra representativa do Brasil urbano, a pesquisa concluiu que o aborto é um fenômeno frequente e persistente entre mulheres das mais variadas classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e religiões e que em 2015 aproximadamente 416 mil mulheres realizaram abortos, sendo que 1 em cada 5 mulheres aos 40 anos já realizou aborto.

Metade das mulheres que praticaram aborto usaram medicamentos, enquanto quase a metade das mulheres precisou ficar internada para a finalização do procedimento. Seguem os dados obtidos na pesquisa nacional sobre o aborto:

¹⁴³ Debora Diniz, Marcelo Medeiros e Alberto Madeiro, *Pesquisa Nacional do Aborto*, disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em 25/10/2018.

Tabela 1. Taxas de aborto segundo características das mulheres, Brasil, 2010 e 2016.

Ano	2010			2016		
Fez aborto	% Sim	Sim	Total	% Sim	Sim	Total
Idade ao último aborto	..	296	..	..	251	..
12 a 15 anos	..	13	..	..	19	..
16 e 17 anos	..	37	..	..	26	..
18 e 19 anos	..	46	..	..	28	..
20 a 24 anos	..	77	..	..	70	..
25 a 29 anos	..	55	..	..	32	..
30 a 34 anos	..	21	..	..	24	..
35 a 39 anos	..	4	..	..	8	..
Não sabe/ não respondeu	..	43	..	..	44	..
Raça	...	...	...	13%	251	2002
Branca	...	...	...	9%	58	676
Preta	...	...	...	15%	49	322
Parda	...	...	...	14%	129	912
Amarela	...	...	...	13%	8	63
Indígena	...	...	...	24%	7	29
Não respondeu	...	...	...	-	-	-
Idade atual	15%	296	2002	13%	251	2002
18 a 19 anos	6%	11	191	9%	17	188
20 a 24 anos	7%	36	483	9%	38	445
25 a 29 anos	17%	84	488	11%	50	442
30 a 34 anos	17%	79	452	14%	64	461
35 a 39 anos	22%	86	388	18%	82	466
Teve filhos	15%	296	2002	13%	251	2002
Sim, teve	19%	240	1289	15%	196	1278
Não teve	8%	56	713	8%	55	722
Não respondeu	-	-	-	-	-	2
Situação conjugal atual	15%	296	2002	13%	251	2002
Casada/ união estável	16%	188	1140	14%	163	1169
Solteira	12%	91	770	9%	63	725
Separada/ viúva	19%	17	91	23%	25	108
Não respondeu	-	-	1	-	-	-
Religião	15%	296	2002	13%	251	2002
Católica	15%	175	1168	13%	141	1060
Evang./protest./ crist. n. catol.	13%	72	552	10%	63	607
Outras	16%	13	80	16%	18	113
Não possui religião/ateia	18%	35	198	13%	27	209
Não respondeu	25%	1	4	15%	2	13
Escolaridade	15%	296	2002	13%	251	2002
Até 4ª série	23%	44	191	22%	25	112
5-8ª série	19%	80	429	16%	54	334
Ens. Médio (mesmo incompleto)	12%	115	974	11%	114	1007
Superior (mesmo incompleto)	14%	57	408	11%	58	549
Atividade econômica	15%	296	2002	13%	251	2002
Ocupadas	14%	179	1260	12%	150	1275
Não ocupadas	16%	117	742	14%	101	727

continua

¹⁴⁴ Tabela extraída da *Pesquisa Nacional sobre o aborto*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em 25/10/2018.

Tabela 1. continuação

Ano	2010			2016		
Fez aborto	% Sim	Sim	Total	% Sim	Sim	Total
Renda Familiar (Sal. Min. corrente)	15%	296	2002	13%	251	2002
Até 1 SM	17%	69	402	16%	70	442
Mais de 1 a 2 SM	16%	92	566	13%	90	696
Mais de 2 a 5	13%	103	793	10%	61	581
Mais de 5 SM	14%	26	184	8%	16	199
Sem declaração	11%	6	57	17%	14	84
Região	15%	296	2002	13%	251	2002
Norte/Centro Oeste	19%	59	308	15%	49	336
Nordeste	20%	102	504	18%	88	490
Sudeste	12%	110	910	11%	96	896
Sul	9%	25	280	6%	18	280
Tipo de Município	15%	296	2002	13%	251	2002
Capital	21%	138	644	16%	100	637
Periferia (Reg. Metropolitana)	10%	30	294	12%	35	287
Não metropolitano	12%	128	1064	11%	116	1078
Tamanho de município	15%	296	2002	13%	251	2002
Até 20 mil hab.	11%	25	238	11%	24	210
Mais de 20 a 100 mil	12%	58	469	11%	44	413
Mais de 100 mil habit.	16%	213	1295	13%	183	1379

Fonte: PNA 2010 e PNA 2016. Nota: não houve coleta da informação sobre raça em 2010.

145

A pesquisa conclui que o aborto é prática comum no Brasil e que a frequência dos abortos é alta, na medida em que uma em cada cinco mulheres aos quarenta anos de idade já realizou ao menos um aborto. Na comparação dos dados das pesquisas realizadas em 2010 e 2016 a proporção de mulheres que realizou ao menos um aborto não sofreu alteração relevante (296 em 2010 e 251 em 2016), de modo que o problema de saúde pública, segundo os pesquisadores, chama a atenção não apenas pela magnitude, mas também pela insistência da prática.

A pesquisa revela que o Direito Penal é usado com efeito simbólico na medida em que ineficaz no combate à criminalidade que pretende reprimir.

O estudo indica que quando a maternidade não é desejada a mulher recorre ao aborto e que isso ocorre por vias próprias e clandestinas, em condições que colocam em risco sua vida, eis que quase a metade das mulheres precisou ficar internada para a finalização do procedimento, segundo o estudo.

¹⁴⁵ Tabela extraída da *Pesquisa Nacional sobre o aborto*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em 25/10/2018.

Assim, a questão da saúde da mulher está estreitamente relacionada ao debate em questão, que não deve ser tratada por meio do Direito Penal, mas sim, ser contemplada como questão de saúde pública e objeto de regulamentação por outro ramo do direito, a exemplo do Direito Constitucional, na medida em que deve ser considerado no âmbito dos direitos fundamentais femininos.

A verdade, contudo, é que, em qualquer situação, a maternidade deve ser uma dádiva desejada, não havendo, à luz da nossa ordem jurídica, qualquer razão legítima para que o Estado interfira na autonomia corporal da mulher, impondo-lhe, a partir de descuidos ou acidentes, uma gravidez involuntária. A maternidade é, em essência, uma decisão. A intromissão pública nos destinos do corpo e na opção pela maternidade – tornando-a, portanto, uma não opção – afronta diretamente a dignidade humana, tutelada na Constituição, como valor fundamental da República (art. 1º, III). Agride, ainda, o art. 226, que alude à paternidade responsável e impede a interferência coercitiva do Estado no planejamento familiar (§7º). Pior: atentando-se para a realidade social, onde o aparato público repressivo não logra impedir o aborto para quem quer que tenha recursos para financiá-lo, verifica-se, como já destacado, que a vedação criminal tem como único efeito empurrar mães jovens e pobres para clínicas clandestinas, com imenso risco à sua saúde e à sua vida.¹⁴⁶

Não obstante a proibição penal da conduta, com a incriminação do auto aborto e do aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante, verifica-se que a vedação não inibe a prática do procedimento, que segue disseminado entre mulheres de todas as classes sociais, idade, nível de escolaridade, religiões e estratos econômicos da população.

4.4O aborto no cenário jurisprudencial: precedentes e perspectiva de descriminalização

Aqui realiza-se a abordagem da influência da jurisprudência das Cortes Superiores em decisões judiciais em matéria de Direito Penal sobre a questão do

¹⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 71.

aborto, sobretudo em relação ao incremento do sistema de precedentes no cenário jurídico nacional, com demonstração sucinta sobre a influência e aproximação do sistema de *common law* e a repercussão da jurisprudência das Cortes Superiores como instância de formação do pensamento penal.

Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece a respeito dos sistemas:

Conforme a filiação de um país à família *common law* ou do *civil law*, diversa se apresenta a etiologia do Direito: no primeiro grupo, sobressai o precedente, radicado na *equity* (*treating like cases alike*), ao passo que no segundo bloco a norma legal é o paradigma fundamental para aferição das condutas comissivas e omissivas, e assim se passa entre nós (CF, art. 5.º, II): a lei é a referência valorativa das condutas comissivas e omissivas. De observar-se que mesmo os vazios da legislação são preenchidos pelos meios – ditos de integração – que o próprio Direito credencia (*equidade, analogia, costumes, princípios gerais, regras da experiência comum*: art. 5.º da Lei 12.376/2010 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, red denominação da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (1942); novo CPC, parágrafo único do art. 140; art. 375; CTN, art. 108. Ao fim e ao cabo, tudo acaba por refluir à própria norma legal, sob a égide da presunção de completude ou plenitude da ordem jurídica.¹⁴⁷

O Direito Penal brasileiro compõe um sistema que é baseado sobretudo na interpretação das leis, denominado de *civil law*. A lei é considerada a fonte principal do Direito sendo que “a norma jurídica constitui um comando geral e abstrato, que se propõe a abranger, em sua moldura, uma variedade de casos futuros”¹⁴⁸. Mancuso esclarece que

Já o Brasil, filiado à família romano-germânica, elegeu a norma legal como o primado valorativo das obrigações comissivas e omissivas (CF, art. 5º, II), o que, nem por isso, tem impedido que o precedente judiciário venha ganhando espaços cada vez mais expressivos e projetando carga eficaz cada vez mais expandida, culminando com as súmulas vinculantes do STF, advindas com a EC 45/2004.¹⁴⁹

Ao lado desse sistema *civil law*, existe o sistema de *common law*, em que é conferida primazia aos precedentes judiciais, ou seja, casos já julgados e que são

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de Precedentes. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro digital formato Kindle, posição 949.

¹⁴⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos e BARROSO, Luís Roberto, “Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro”. Disponível em: “<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>”. Acesso em 23/05/2020.

¹⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de Precedentes. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro digital formato Kindle, posição 1120.

utilizados para o julgamento dos casos posteriores a ele semelhantes que são levados ao judiciário.

Contudo, cada vez mais ocorre uma aproximação entre os dois sistemas, de modo que o sistema brasileiro está hoje muito influenciado pelos precedentes judiciais. Assim, ao lado da lei codificada coexistem os precedentes judiciais e, embora a primazia ainda seja do texto legal, os precedentes têm sido cada vez mais utilizados com forte influência nos julgamentos.

Já o Brasil, filiado à família romano-germânica, elegeu a norma legal como o primado valorativo das obrigações comissivas e omissivas (CF, art. 5.º, II), o que, nem por isso, tem impedido que o precedente judiciário venha ganhando espaços cada vez mais expressivos e projetando carga eficaz cada vez mais expandida, culminando com as súmulas vinculantes do STF, advindas com a EC 45/2004.¹⁵⁰

A intenção é delimitar a relevância da repercussão dos julgados e o alcance de tais decisões como instrumentos de transformação de pensamento, capaz de operar modificações sobre o âmbito social, através da atuação jurídica de aplicação do Direito.

Com o fortalecimento do sistema de precedentes, o Judiciário é considerado também como agente potencialmente transformador da realidade e capaz de influenciar nas escolhas e atividades dos demais Poderes.

A influência que o Judiciário exerce pode atuar em dois sentidos. Em prol da descriminalização, na medida em que possibilita a ampliação das hipóteses legais de realização do aborto, ampliando a proteção dos direitos fundamentais das mulheres. Ou em sentido inverso, agravando a lei penal existente, como consequência de uma resposta insatisfatória dos setores conservadores, que pressionam o Poder Legislativo para a atuação na criação de uma lei mais repressora, que pode inclusive, ocasionar o retrocesso em relação aos direitos fundamentais anteriormente alcançados.

O ativismo do Poder Judiciário é um perigoso mecanismo para preenchimento de lacunas deixadas pelo Legislativo e as tendências de uniformização não conduzem a tomada de decisões técnicas do ponto de vista da

¹⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de Precedentes. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro digital formato Kindle, posição 1102.

aplicação do Direito, mas sim a verdadeira criação legislativa pela via jurisprudencial.

Esse movimento é denominado de efeito *backlash* e ocorre sobretudo em questões que envolvem a discussão de direitos fundamentais revestidos de conflituosidade social.

O termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, penso ser o caso, especialmente, das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático¹⁵¹.

A despeito de o processo seguir leis previamente estabelecidas, visando a segurança jurídica e a prevalência dos direitos considerados mais importantes para a coexistência social pacífica, fatores além dos jurídicos são capazes de interferir nos resultados dos julgamentos, tanto em processos individuais quanto em processos de índole objetiva com alcance sobre todos, como são as ações de descumprimento de preceito fundamental e ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais é possível a discussão acerca da constitucionalidade da criminalização do aborto, por exemplo.

Alessandro Baratta traz importante reflexão acerca das influências exercidas sobre os julgamentos a depender do estrato social da qual são provenientes:

Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa), quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre

¹⁵¹ KOZICKI, Katya. *Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153*. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. Acesso em 22/10/2019. P. 194.

conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista.¹⁵²

No mesmo sentido, sinaliza Maruza Bastos, indicando que em matéria criminal a parcialidade do Judiciário é flagrante e que o estigma de criminoso se sobrepõe ao crime em si para a incidência do poder punitivo estatal por meio do sistema criminal:

O poder Judiciário, segundo interpretação clássica, tem por missão aplicar a lei a fatos particulares. A ele cumpre declarar o direito, traduzindo sua realidade; administrara a justiça, aplicando-a nas relações humanas e, responsabilizando-se, portanto, pela harmonia e pelo equilíbrio social.

No Poder Judiciário, responsável pela aplicação do castigo e pela adequação da abstração à realidade individual de cada caso, é flagrante sua parcialidade quanto a questão criminal. Para a ação efetiva da justiça criminal, o que importa é a posição social do infrator e não o delito por este cometido. É na atuação do aparelho repressor que se pode dar conta do discurso idealista que vê na lei uma função simplesmente normatizadora, ou a garantia dos direitos do cidadão.

(...)

A lei existe, de fato, para aquele que não pode, ou não consegue se fazer anônimo, escondendo-se na cifra negra. Este é um fenômeno bastante ilustrativo da relação indireta que há entre crimes e criminoso. Não é o fato de ter cometido um crime que faz de um homem, criminoso, nem sua consciência culpada é responsável por isso. O criminoso é uma construção do poder formal de justiça criminal.¹⁵³

No tocante à jurisprudência em Direito Penal, é possível observar que os princípios funcionam como critérios limitadores e orientadores das decisões judiciais, conforme será visto na análise das decisões que seguem.

No cenário atual brasileiro a jurisprudência retomou, ainda que parcialmente, o estágio mencionado por Carlos Maximiliano¹⁵⁴ (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*), na antiga Roma, de declarar o Direito prospectivamente, ou seja, considerando a atuação das cortes superiores e o incremento do sistema de precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015. Assim, a jurisprudência novamente passa a criar o Direito a ser aplicado a casos futuros, distanciando-se da análise restrita do caso em espécie.

¹⁵² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 177.

¹⁵³ BASTOS, Maruza. *Cárcere de Mulheres*. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda, 1997, p. 28-29.

¹⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1941.

Desse modo, a jurisprudência no contexto brasileiro não apenas se demonstra fonte renovadora, mas além disso, é fonte reformadora das leis, muitas vezes contrariando o próprio texto legal ao conferir sentido diverso à norma, com a criação pelo judiciário de verdadeiras normas de caráter geral.

A atuação ativista do Supremo Tribunal Federal ensejou certa descriminalização de condutas, a exemplo do caso do aborto de feto anencefálico, e também ultrapassou os limites descriminalizantes e procedeu à criminalização de novas condutas, sem previsão legislativa, inclusive de forma severa, quando o Supremo Tribunal Federal enquadrrou como racismo a homofobia e a transfobia no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, realizando a incriminação de conduta sem previsão legislativa.

A influência dos julgamentos das Cortes Superiores e a tendência de homogeneização de jurisprudência aproximam o Direito brasileiro do sistema da *common law*. Essa aproximação foi consolidada com o advento do atual Código de Processo Civil de 2015 mediante a implementação de mecanismos voltados ao fortalecimento e segurança do sistema de precedentes, como o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e a reclamação.

Estudaremos, a seguir, brevemente os casos mencionados acima e os contornos atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos.

4.4.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (Anencefalia)¹⁵⁵

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 foi julgado procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da

¹⁵⁵ Acórdão completo em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 20/09/2018.

interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro

De relatoria do Ministro Marco Aurélio, o julgamento, por maioria, pelo Plenário no ano de 2012, nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente.

Assim, por decisão jurisprudencial, de forma hodiernamente aceita, às hipóteses legais permissivas do aborto, foi acrescentada a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico.

Trata-se de inovação legislativa pela via jurisprudencial, ou seja, o Poder Judiciário, por meio da interpretação casuística, inova no ordenamento jurídico ao permitir a criação de hipótese permissiva de aborto até então inexistente.

Em que pese a existência de inúmeras discussões acerca dos riscos do ativismo judicial, no caso em questão, em que está em debate, em suma, a criminalização ou não de uma conduta, ou seja, a possibilidade ou não de realizar um aborto de um feto anencefálico, e a conclusão foi pela descriminalização, de modo que o ativismo judicial operou nesse caso em favor da ampliação dos direitos femininos.

Schreiber anota que a decisão do STF representou um avanço na tutela da dignidade da mulher e de seus direitos fundamentais:

O Supremo Tribunal Federal afastou o tratamento repressivo do direito penal que servia de obstáculo ao livre exercício da autodeterminação corporal da mulher, em uma situação extrema. A Corte, contudo, foi cautelosa em sua conclusão, evitando recomendar ao Ministério da Saúde e ao Conselho Federal de Medicina que adotassem medidas para viabilizar o aborto em casos de anencefalia como queriam alguns Ministros. Também, preocupou-se todo o tempo em destacar que cuidava de uma situação peculiar e

específica, receosa de que suas conclusões fossem estendidas a outras hipóteses de aborto.¹⁵⁶

A conclusão do Supremo Tribunal Federal, no entanto, deve ser estendida também aos casos em que diagnosticada doença diversa no feto que inviabilize a vida extrauterina. Se o aborto é permitido para os casos em que o feto apresente anencefalia por ser inviável a vida extrauterina, por analogia o aborto também deve ser permitido em casos que o feto possua doença diversa que acarrete as mesmas consequências.

O resultado do julgamento representou um considerável avanço em prol da dignidade da mulher, tanto física quanto psíquica, o que não se ignora. Todavia, tratando-se de uma patologia que compromete de modo praticamente absoluto a possibilidade de vida extrauterina, o que por si, acarreta sofrimento à gestante que possui, de antemão, o conhecimento do destino fatal do feto que gera, a necessidade de uma decisão em sede de arguição de descumprimento de preceito constitucional para permitir de modo ilícito a interrupção da gravidez nesses casos revela o quanto o Brasil se encontra em um estágio de extremo paternalismo sobre os corpos femininos.

4.4.2 O julgamento do HABEAS CORPUS nº 124.306/RJ pelo Supremo Tribunal Federal e a descriminalização do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação

No contexto jurídico recente merece destaque o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *habeas corpus* nº 124.306 do Rio de Janeiro, com a relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual, em histórica decisão, ainda que desprovida de efeito vinculante, em novembro de 2016, o ministro Luís Roberto Barroso, que obteve maioria com o acompanhamento dos ministros Rosa Weber e Fachin, considerou que o aborto realizado durante o primeiro trimestre de gestação não configura crime. Trata-se de importante precedente no sentido da descriminalização do aborto nas

¹⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 70.

semanas iniciais de gestação.

O habeas corpus foi impetrado em favor de dois acusados da prática de aborto com o consentimento da gestante (art. 126 do Código Penal), sendo que por maioria de votos os ministros decidiram que as prisões de ambos não deveriam ser mantidas, anulando-as de ofício. A decisão destacou o princípio constitucional da igualdade, o princípio da proporcionalidade, a violação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e a autonomia e o direito à integridade, tanto física quanto psíquica da gestante, ponderou, ainda, o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres que não tem acesso a clínicas privadas e que ficam impedidas de recorrer ao sistema público para que realizem os procedimentos cabíveis.

Em voto vista, o Ministro Luis Roberto Barroso, a despeito do não cabimento do *habeas corpus* e da sua concessão de ofício, considerou que a criminalização de atos como o do caso em apreço os direitos fundamentais e reprodutivos da mulher, que “não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada”.

O Ministro Luis Roberto Barroso ressaltou o direito a autonomia da mulher, o direito de escolha de cada indivíduo e a igualdade entre os sexos, na medida em que os homens não engravidam e que a equiparação plena de gênero depende do respeito à liberdade da mulher, bem como que a criminalização, na hipótese, viola o princípio da proporcionalidade, por não ser eficaz no combate à conduta, constituir medida duvidosa para a proteção do bem jurídico que pretende tutelar e gerar custos sociais (problemas de saúde pública e morte) superiores aos seus benefícios.

Ressaltou, ainda, que a criminalização viola a integridade física e psíquica da gestante, na medida em que é o seu corpo e o seu psiquismo que sofrem os efeitos da gravidez.

O ministro ainda apontou a seletividade do sistema, pois o impacto da criminalização incide com mais rigor sobre as mulheres pobres, que, devido ao tratamento da interrupção da gravidez como crime, além de não terem acesso a médicos e clínicas privadas, são impedidas de recorrer ao sistema público de saúde para submissão ao procedimento, de modo que são multiplicados os casos de lesão grave e óbitos.

O Ministro ainda considerou que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação no primeiro trimestre como crime, a exemplo dos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, França, Canadá, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

Acerca do status jurídico do embrião durante a fase inicial da gestação, o Ministro considerou a existência de duas posições antagônicas em relação ao ponto. Por um lado, os que sustentam a existência de vida desde a concepção, e de outro lado os que defendem não ser possível a afirmação de vida antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência, o que ocorre comumente após o terceiro mês de gestação. Assinala não haver solução jurídica para a controvérsia, que dependerá sempre de escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida.

Assevera o ministro, ainda, em relação ao incremento da discriminação social que:

Por fim, a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.

Interessante ponderar que, segundo a Fabiana Dalmas Rocha Paes, o aborto pode ser considerado entre a terceira e a quinta causa de morte materna no Brasil¹⁵⁷. Assinala a autora que uma mulher morre por dia vítima de abortamento clandestino no Brasil, existindo 200.000 internações por curetagem, sendo que grande número decorre de aborto, circunstância que demonstra a necessidade de análise multidisciplinar do tema.

¹⁵⁷ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o aborto. Fabiana Dal'mas Rocha Paes, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-25/mp-debate-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal-aborto#author>>. Acesso em 25/10/2018.

Sobre a violação do princípio da proporcionalidade, o Ministro ressaltou que a via escolhida não alcança o objeto almejado que seria a proteção da vida do nascituro, na medida em que não é eficaz para a redução de abortos no país, que existem meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, a exemplo da educação sexual e fornecimento de contraceptivos, e que a criminalização se revela desproporcional porque os custos sociais de problemas de saúde e mortes não superam os seus benefícios.

A decisão do habeas corpus, portanto, sob o viés jurídico, está amparada tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quanto nos documentos internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, em especial a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, cujo comitê expediu recomendação nº VI para que a legislação brasileira seja revista a fim de eliminar as disposições punitivas impostas às mulheres que praticam o abortamento.¹⁵⁸

O caso do habeas corpus envolveu dois réus, uma mulher e um homem, que mantinham clínica de aborto e que foram presos em flagrante sob a acusação da prática dos crimes do art. 126 do Código Penal (aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante) e formação de quadrilha.

Não se trata de uma decisão voltada ao questionamento do crime de aborto em si, matéria que não foi objeto do julgamento. A questão veiculada no *habeas corpus* foi a liberdade dos réus e a legalidade ou ilegalidade do aborto realizado no primeiro trimestre foi objeto de argumentação como fundamento do descabimento da prisão. Assim, a questão da criminalização do aborto não foi o tema principal do julgamento, mas foi a sua inconstitucionalidade foi considerada como a razão de decidir, de modo que o julgamento representa importante precedente para a descriminalização do aborto praticado nas primeiras semanas de gestação.

O entendimento de que o aborto realizado no primeiro trimestre de gestação não é considerado crime foi aplicado em um julgamento de *habeas corpus* em benefício de agentes que mantinham clínica de aborto, abrangendo o tipo penal do art. 126 que engloba a prática do aborto por terceiro, homem ou mulher, com o

¹⁵⁸ VI Relatório Nacional Brasileiro. Presidência da República. Secretaria Nacional de Política para as Mulheres. Brasília, 2008, disponível em <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2013-comite-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher/vi-relatorio-nacional-brasileiro-cedaw.pdf>>. Acesso em 28/10/2019.

consentimento da gestante, o que deixa as mulheres e o aborto praticado pela própria gestante em segundo plano, demonstrando a seletividade que existe, ainda quando se trata de julgamento que pretende privilegiar a liberdade da mulher.

4.4.3 A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442¹⁵⁹: uma perspectiva de descriminalização do aborto pelo Supremo Tribunal Federal

No dia 08 de março do ano de 2017 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) distribuiu Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal, que recebeu a numeração 442 (número único 0002062-31.2017.1.00.0000)¹⁶⁰, e relatoria da Ministra Rosa Weber, ainda em trâmite e sem julgamento definitivo, na qual postula a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez nas 12 (doze) primeiras semanas de gestação, com pedido de declaração de que os artigos 124 e 126 do Código Penal não foram recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil. A ação postula, ainda, a concessão de liminar para que sejam suspensas as prisões em flagrante, os inquéritos policiais e o andamento de processos sobre os artigos impugnados quando se tratar de gestação até a 12ª semana¹⁶¹.

A petição inicial da ADPF, em mais de sessenta laudas, alega controvérsia constitucional relevante acerca da recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que criminalizam a interrupção voluntária da gravidez. Sustenta a parte autora que os artigos não foram recepcionados parcialmente pela ordem constitucional, pois violados direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos, que são

¹⁵⁹ Acesso ao andamento processual em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>, acesso em 25/10/2018.

¹⁶⁰ Petição inicial disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>, acesso em 20/09/2018.

¹⁶¹ Nesse sentido: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>>. Acesso em 10/10/2018.

decorrentes dos direitos à liberdade e igualdade.

O autor indica como parâmetros normativos para o controle da constitucionalidade o artigo 1º, I e II, artigo 3º, IV, art. 5º, caput e incisos I e III, art. 6º, caput, art. 196 e art. 226, §7º da Constituição da República.

Argumentando sobre a não recepção dos mencionados artigos do Código Penal, o autor da ADPF sustenta a necessidade de realização de interpretação jurídica conforme já realizada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 (referente a autorização de pesquisas com células-tronco embrionárias) e no habeas corpus 124.306, julgamentos em que o estatuto de pessoa não foi imputado ao embrião.

Alega a Inicial, também, que ao feto e ao embrião foi reconhecido tão somente valor intrínseco de “pertencimento à espécie humana” e que, portanto, possível a proteção legislativa gradual ao longo da gestação, em conformidade com a dignidade da pessoa humana, cidadania, não discriminação aos direitos fundamentais das mulheres.

Na peça vestibular ventilada análise do direito comparado para conclusão do marco normativo para interrupção da gestação até a 12ª semana, com adoção em outros países democráticos contemporâneos, bem como a desproporcionalidade da criminalização da interrupção da gravidez como medida estatal apta a tutelar o valor humano no embrião, na medida em que ineficaz para coibir a prática de abortos no país, e para a prevenção da gravidez indesejada, sendo que a prevenção da gravidez e do aborto demandam o implemento de educação sexual e acesso a meios contraceptivos, combate a violência e incremento da igualdade de gênero.

Intimada, a Presidência da República sustentou “a existência de desacordo moral razoável sobre a questão da descriminalização do aborto nas primeiras 12 (doze) semanas na sociedade brasileira, diante da ausência de consenso mínimo acerca das concepções morais, filosóficas e mesmo religiosas sobre a matéria”. Em razão disso, alegou que o Poder Legislativo, espaço democrático e responsável pela tutela do pluralismo político, seria “a arena deliberativa competente para promover a discussão e o processo da tomada de decisão política, vinculante para todos os

integrantes da sociedade”¹⁶².

Ademais, a Presidência sustentou que a discussão se diferencia do contexto da permissão para interrupção da gravidez do feto anencefálico, sendo incabível a aplicação de tal precedente. Igualmente não seria aplicável o precedente do HC 124.306, cuja decisão ocorreu de modo incidental e sem caráter vinculante. De igual modo, no julgamento da ADI 3510 ressaltada a ausência de vinculação do entendimento com o aborto.

Ambas as casas do Congresso Nacional, Senado Federal e Câmara dos Deputados, defenderam a aplicabilidade dos artigos questionados, com destaque à aprovação legislativa do art. 2º do Código Civil de 2002 que assegura direitos ao feto viável e a promoção de discussões no Parlamento para eventual modificação do parâmetro legal (petição 17722/2017).

A Câmara dos Deputados asseverou que as normas impugnadas têm por objeto a tutela da vida humana intrauterina, de modo que a prática do aborto implica o atentado contra vida humana, direito fundamental inviolável, conforme o art. 5º, caput, da Constituição Federal, invocando o caráter relativo, e não absoluto, dos direitos fundamentais, quando em situação de confronto com outros direitos fundamentais.

A Câmara dos Deputados salientou, ainda, que ao analisar o Projeto de Lei n. 1.135, de 1991, a própria Câmara rejeitou a descriminalização do aborto, informando a tramitação de outras proposições que visam a proteção da vida desde a concepção e outros no intuito de descriminalização.

Na ação, admitida a intervenção na qualidade de *amicus curiae* em 25/05/2017 do Partido Social Cristão, União dos Juristas Católicos de São Paulo-UJUCASP e do Instituto de Defesa da Vida e da Família.

Por decisão de 24/11/2017 a relatora Ministra Rosa Weber indeferiu o pedido liminar e por decisão de 23/03/2018, a Ministra convocou a realização de audiência pública, e considerou que:

A discussão que ora se coloca para apreciação e deliberação desse Supremo Tribunal Federal, com efeito, é um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicado, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos fundamentais

¹⁶² Despacho proferido em 23/03/2019, nos autos da APDF 442, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudnciaPblicaADPF442.pdf>>. Acesso em 27/10/2019.

individuais. A experiência jurisdicional comparada demonstra essa realidade.¹⁶³

Em 04/06/2018 foram designados os dias 03/08/2018 a 06/08/2018 para realização da audiência pública¹⁶⁴, com o objetivo de coletar informações e argumentos necessários para a deliberação acerca da controvérsia de descriminalização da interrupção voluntária da gestação nas doze primeiras semanas, com estabelecimento da metodologia para realização da audiência e programa das exposições, deferindo-se a participação e exposição de mais de quarenta atores, dentre pessoas, instituições e organizações.

Após a realização da audiência foram juntadas petições para ingresso de *amicus curiae*, sendo que o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental não tem data para início.

A ação tem tramitação lenta e a participação entidades interessadas, como a União dos Juristas Católicos de São Paulo, o Partido Social Cristão e o Instituto de Defesa da Vida e da Família, ainda sem indicativo de início de votação.

Considerando a dificuldade de aprovação pela via legislativa, a via do reconhecimento judicial da incompatibilidade da punição penal do aborto nas doze primeiras semanas de gravidez revela-se a via possível para o avanço da liberdade feminina na decisão sobre o próprio corpo.

4.5 O aborto no cenário legislativo ¹⁶⁵

Neste capítulo serão analisadas de modo não exaustivo as propostas legislativas para alteração do tratamento jurídico do aborto, tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados. Inicialmente serão abordadas as propostas voltadas a descriminalização e, após, serão analisadas as propostas que visam o aumento da proibição do aborto.

¹⁶³ Decisão disponível para consulta em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313996268&ext=.pdf>>. acesso em 20/09/2018.

¹⁶⁴ Decisão disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314531677&ext=.pdf>> e <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314743803&ext=.pdf>>, acesso em 20/09/2018.

¹⁶⁵ Optou-se pela abordagem de alguns dos projetos legislativos existentes sobre o tema de forma não exaustiva, mas tão somente exemplificativa.

4.5.1 A Sugestão 15 de 2014 do Senado Federal

A regularização da interrupção voluntária da gravidez nas doze primeiras semanas de gestação pelo Sistema Único de Saúde – SUS é objeto da Sugestão nº 15 de 2014, protocolada na Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal¹⁶⁶.

A proposta de ideia legislativa nº 29.984 ¹⁶⁷ foi encaminhada ao Senado após atingir apoio superior a 20.000 manifestações individuais, pretende que a interrupção voluntária da gravidez nas doze primeiras semanas seja considerada ato médico, com habilitação de todas as unidades do SUS para a realização do procedimento. Consta previsão de que a lei deverá estabelecer as condições técnico-profissionais e administrativas necessárias para o acesso ao procedimento pela usuária do sistema de saúde.

Prevê a proposta, ainda, que equipe interdisciplinar deverá informar a usuária sobre as disposições legais, a natureza do aborto e os riscos inerentes a prática, bem como acerca de alternativas para o aborto, programas sociais de apoio financeiro e a possibilidade de colocação da criança para adoção. São previstos o apoio psicológico e social à mulher, e o período de reflexão de cinco dias.

A proposta prevê, ainda, que médico ginecologista será responsável pelo procedimento, podendo o profissional da saúde declarar objeção de consciência, permanecendo, por fim, ilegais quaisquer práticas com caráter e valor comercial.

A questão está submetida à consulta pública, ainda em aberto e que, na data consultada (25/10/2018) constava com 349.761 votos favoráveis e 357.063 votos contra.

Foram realizadas cinco audiências públicas em maio de 2015, agosto de 2015 e abril de 2016, com inclusão na pauta da Comissão de Direitos Humanos e legislação participativa, com recebimento de moção de repúdio ao Supremo Tribunal Federal contra as razões da ADPF 442, juntadas em 18/10/2018¹⁶⁸, pelas Câmaras

¹⁶⁶ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>. Acesso em 23/10/2019.

¹⁶⁷ Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?t=166293>>. Acesso em 25/10/2018.

¹⁶⁸ Consulta disponível no sítio eletrônico do Senado Federal: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=119431>>. Acesso em 20/09/2018.

de Vereadores de Itapira-SP, Assembleias dos fiéis da Paróquia Sant'Anna e São Joaquim, da Assembleia Legislativa do Goiás, e das Câmaras Municipais de Adamantina-SP, Araraquara-SP, Barbacena-MG, Bebedouro-SP, Bonito de Minas-MG, Borborema-SP, Caratinga-SP, Caxias do Sul-RS, Conceição dos Ouros-MG, Colíder-MT, Cubatão-SP, Hortolândia, Ipaussu-SP, Itajubá-MG, Itápolis-SP, João Pessoa-PB, Joinville-SC, Laranjal Paulista-SP, Limeira-SP, Monte Alta-SP, Morro Agudo-SP, Palmas-TO, Passo Fundo-RS, Penápolis-SP, Perdões-MG, Rio Grande-RS, Rodeio-SC, Rolândia-PR, Santa Cruz do Rio Pardo-SP, Santo André-SP, São Francisco do Sul-SC, Tabuleiro do Norte-CE, Terra Roxa-SP, Itabirito-MG; Sales de Oliveira-SP; Cambé-PR; São Caetano do Sul-SP; e Estância Turística de Paraguaçu Paulista-SP, bem como moção de repúdio da Câmara Municipal de São Bernardo do Campo-SP à descriminalização do aborto.

Foram juntados também ofícios da Câmara Municipal de Serra Negra-SP e de Pedreiras-SP, para retirada de pauta da votação da ADPF 442.

A proposta de criação legislativa que teve o apoio de 20 mil manifestações individuais, contou com poucos avanços desde a sua propositura em 2014, e foi arquivada em dezembro de 2018, após apresentação de relatório pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa de relatoria do Senador Magno Malta.

O destino frustrado da proposta apresentada no Senado indica a forte resistência dos representantes da sociedade no Poder Legislativo para o avanço no sentido de consagrar a liberdade feminina para decidir sobre a interrupção da gestação indesejada e a tendência legislativa para a manutenção da ingerência estatal sobre as escolhas das mulheres sobre os próprios corpos.

4.5.2 O Projeto de Lei nº 4.403/2004

No tocante aos projetos que visam a descriminalização do aborto, encontra-se o Projeto de Lei 4.403/2004, para inclusão de inciso III no art. 128 do Código Penal, conforme segue:

Aborto Terapêutico

III – Houver evidência clínica embasada por técnica de diagnóstico complementar de que o nascituro apresenta grave e incurável anomalia, que implique na impossibilidade de vida extra uterina.”¹⁶⁹

A inclusão da hipótese legal de aborto de feto diagnosticado com doença incurável representa a positivação do entendimento já aplicado pela via jurisprudencial, conforme já reconhecido na ADPF nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu a possibilidade de interrupção de gravidez de feto anencefálico.

A redação legal não restringe as hipóteses de aborto ao diagnóstico de anencefalia, o que representa uma facilitação para a realização da interrupção da gestação de fetos diagnosticados com outras doenças, o que atualmente demanda o ajuizamento de pedidos individuais para interrupção da gravidez perante o Poder Judiciário. Por isso a proposta legislativa apresenta interessante avanço em relação aos direitos fundamentais da mulher, facilitando a interrupção voluntária em casos de fetos cuja vida extrauterina seja inviável.

O projeto de lei foi arquivado em janeiro de 2019 e desarquivado em fevereiro e encaminhado para Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania em abril de 2019.

Verifica-se longo lapso de tramitação, quinze anos, sem que a proposta avance de modo significativo, sendo mais uma demonstração de desinteresse dos representantes do legislativo no reconhecimento de direitos às mulheres. Mesmo em se tratando de uma hipótese de aborto que já é admitida pela jurisprudência, na esfera legislativa nenhum avanço foi alcançado até o momento para que a inovação trazida pelo Judiciário seja incorporada ao Código Penal.

4.5.3 O Projeto de Lei nº 882/2015

¹⁶⁹

Disponível

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=58AB12EC596A8BDEF7D6B3C2A0DC43E6.proposicoesWeb1?codteor=1335170&filename=Avulso+-PL+4403/2004>. Acesso em 20/09/2018.

O Projeto de Lei n. 882/2015, está apensado ao projeto de lei nº 313/2007¹⁷⁰ e outros projetos de lei sobre métodos de contracepção e planejamento familiar, e “estabelece as políticas públicas no âmbito da vida sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências” (petição 19174/2017).

O Projeto de Lei nº 882 traz previsão da possibilidade de interrupção voluntária da gravidez nas doze primeiras semanas de gestação, trazendo, ainda, disposições prévias e posteriores ao procedimento e as condições para sua realização, conforme se vê:

Título III – Da Interrupção Voluntária da Gravidez

Capítulo I – Condições da interrupção voluntária da gravidez

Art. 10º - Toda a mulher tem o direito a realizar a interrupção voluntária da gravidez, realizada por médico e condicionada ao consentimento livre e esclarecido da gestante, nos serviços do SUS e na rede privada nas condições que determina a presente Lei.

Parágrafo único – Ninguém será discriminado no acesso aos instrumentos e mecanismos previstos nesta Lei por motivos de origem racial ou étnica, religião, convicção ou opinião, sexo, identidade de gênero, deficiência física, orientação sexual, estado civil ou qualquer outro pretexto discriminatório.

Art. 11 - Toda mulher tem o direito a decidir livremente pela interrupção voluntária de sua gravidez durante as primeiras doze semanas do processo gestacional.

Art. 12 – Ultrapassado o prazo estabelecido no artigo 11 da presente Lei, a interrupção voluntária da gravidez somente poderá ser realizada:

I – Até a vigésima segunda semana, desde que o feto pese menos de quinhentos gramas, nos casos de gravidez resultante de estupro, violência sexual ou ato atentatório à liberdade sexual, sem a necessidade de apresentação de boletim de ocorrência policial ou laudo médico-legal.

II – A qualquer tempo, nos casos de risco de vida para a gestante, comprovado clinicamente.

III – A qualquer tempo, nos casos de risco à saúde da gestante, comprovado clinicamente.

III – A qualquer tempo, nos casos de incompatibilidade e/ou inviabilidade do feto com a vida extrauterina, comprovado clinicamente.

¹⁷⁰ Consulta disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_arvore_tramitacoes?idProposicao=343759>. Acesso em 28/10/2019.

Art. 13 – Todas as gestantes que manifestem sua intenção de submeter-se a uma interrupção voluntária de gravidez receberão informação sobre:

- I - saúde sexual e reprodutiva e direitos reprodutivos;
- II - os distintos métodos de interrupção da gravidez;
- III - as condições para a interrupção previstas na presente Lei;
- IV - as unidades de saúde disponíveis e acessíveis a que deva se dirigir;
- V - os trâmites para obter a prestação do serviço.

Art. 14 - Nos casos em que a gestante opte pela interrupção voluntária da gravidez, ela receberá ainda, um envelope que conterá as seguintes informações:

- I - as políticas públicas disponíveis para as mulheres grávidas e os serviços de saúde disponíveis durante a gravidez e o parto;
- II - os direitos trabalhistas vinculados à gravidez e à maternidade, além das políticas públicas para o cuidado e atenção dos filhos e filhas;
- III - dados sobre as unidades disponíveis para o acesso à informação adequada sobre contracepção e sexo seguro;
- IV - dados sobre as unidades onde a mulher possa receber voluntariamente acompanhamento antes e depois da interrupção da gravidez.

§ 1º - A elaboração, o conteúdo e o formato destas informações serão determinados através de normas expedidas pelo Ministério da Saúde.

§ 2º - As informações acima listadas terão caráter público e também deverão ser explicadas presencialmente às gestantes.

§ 3º - Uma vez cumpridas as condições descritas acima, a interrupção voluntária da gravidez deverá ser realizada em até no máximo três dias.¹⁷¹

O projeto de lei foi encaminhado à Comissão de Seguridade Social e Família em 28/06/2019 e ainda se encontra em tramitação.

A proposta representa importante avanço na implementação dos direitos fundamentais das mulheres. Além de abarcar as hipóteses de aborto legal já existentes, prevê legalmente o aborto em caso de incompatibilidade e/ou inviabilidade do feto com a vida extrauterina, comprovado clinicamente.

A proposta disciplina, ainda, o direito de a mulher decidir livremente pela interrupção voluntária de sua gravidez durante as primeiras doze semanas da gestação, representando, portanto, inovação importante no tema e um progresso evidente no reconhecimento da liberdade e igualdade da mulher.

¹⁷¹ Disponível em :

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015>. Acesso em 20/09/2018.

4.5.4 A Proposta de Emenda à Constituição nº 164/2012.

Em sentido contrário aos projetos até aqui mencionados, na Câmara dos Deputados tramita proposta de emenda à Constituição - PEC nº 164/2012 iniciada em 2012, arquivada em 31 de janeiro de 2019 e desarquivada em 20 de fevereiro de 2019. Atualmente em trâmite para alteração da redação do art. 5º da Constituição para que passe a figurar nos seguintes termos, com o intuito de antecipar e ampliar a proteção da expectativa de vida:

Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **desde a concepção**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” (grifo nosso).¹⁷²

A proposta aguarda na data de 22 de outubro o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara Legislativa.

Conforme já visto ao longo da pesquisa, em caso de aprovação do projeto ficará explícita uma diretriz constitucional de interpretação de que a vida tem início com a concepção, de modo a inviabilizar a prática a interrupção voluntária da gravidez. O desarquivamento de tal proposta no ano de 2019 indica a tentativa de cercear a liberdade feminina no planejamento familiar, por meio de uma pretendida alteração constitucional.

Verifica-se que se trata de uma proposta que visa, de modo indireto, o recrudescimento da lei penal e a mitigação da liberdade feminina de controle sobre o próprio corpo. A previsão dos direitos do nascituro na Constituição na forma como se pretende visa fundamentar propostas legislativas que visam a proibição do aborto, a exemplo das inúmeras propostas apresentadas a seguir.

¹⁷² Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=543252>>. Acesso em 22/10/2019.

4.5.5 O Projeto de Lei nº 478/2007 e os projetos conexos

Está em trâmite o Projeto de Lei nº 478/2007¹⁷³ na Câmara Legislativa que dispõe sobre a proteção ao nascituro, ao qual foram apensados 14 outros projetos de lei correlatos ao tema do aborto e dos direitos do nascituro, com manifesto interesse político de ingerência sobre a autonomia feminina quanto a manutenção ou não da gravidez e a interferência estatal no planejamento da mulher e de sua gestação.

O Projeto de Lei nº 489/2007¹⁷⁴ também dispõe sobre o estatuto do nascituro, assim como o Projeto de Lei nº 11105/2018¹⁷⁵ e o Projeto de Lei nº 11148/2018¹⁷⁶, sendo que este promove alterações no Código Penal, criando novos delitos, como a apologia ao aborto, e aumentando a pena dos crimes de aborto previstos nos artigos 124 a 126 do Código Penal. Tratam-se de propostas evidentemente cerceadoras da liberdade da mulher.

O Projeto de Lei nº 1763/2007¹⁷⁷ dispõe sobre a assistência à mãe que decida manter a gestação decorrente de estupro, prevê prioridade na tramitação dos processos penais e pagamento de pensão alimentícia ao filho decorrente de estupro. No mesmo sentido o Projeto de Lei nº 3748/2008¹⁷⁸ que prevê pensão de um salário mínimo para auxílio à gestante que pretenda manter a gestação decorrente de estupro.

O Projeto de Lei nº 8116/2014¹⁷⁹ trata da proteção do nascituro, assim como o Projeto de Lei 788/2019¹⁸⁰ que prevê como nascituro o embrião *in vitro*, mesmo

¹⁷³ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁷⁴ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345301>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁷⁵ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188140>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁷⁶ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188483>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁷⁷ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=362577>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁷⁸ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=405056>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁷⁹ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=786789>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁸⁰ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1710624&filename=PL+788/2019>. Acesso em: 22/10/2019.

antes da transferência para o útero da mulher. O Projeto de Lei 4149/2019¹⁸¹ visa instituir a semana nacional do nascituro na primeira semana de outubro¹⁸².

Assim, como o Projeto de Lei nº 11148/2018¹⁸³, os Projetos de Lei nº 1006/2019¹⁸⁴, 1007/2019¹⁸⁵ e 1009/2019¹⁸⁶, visam majorar as penas dos delitos de aborto tipificados nos artigos 124 a 126 do Código Penal. A pena do crime de aborto praticado pela própria gestante ou com o seu consentimento aumentaria para 03 a 06 anos de reclusão.

O Projeto de Lei nº 260/2019¹⁸⁷ traz a proibição expressa do aborto fora das previsões legais, de modo a restringir a atuação judicial, conforme menção expressa na justificativa do projeto.

O Projeto de Lei nº 564/2019¹⁸⁸ prevê a representação e defesa dos interesses do nascituro em caso de conflitos com a gestante, a ser realizado pelo pai ou outros parentes, proposta que não encontra respaldo no ordenamento jurídico considerando como um conjunto e fere a proporcionalidade.

A recente propositura de projetos de lei visando incrementar a proteção do nascituro evidenciam que o tema permanece em intenso foco pelo legislativo e que existentes projetos e propostas que atentam contra a preservação dos direitos fundamentais da mulher e que, portanto, representam retrocesso na proteção de direitos.

Os projetos explicitamente visam o recrudescimento da lei penal, com a criação de novos delitos e ao aumento das penas para os delitos de estupro, o que denota retrocesso na conquista dos direitos das mulheres à liberdade de escolha.

Os programas de fomento a manutenção da gravidez decorrente de estupro com incentivos financeiros também visam interferir na vontade da mulher mediante fornecimento de pensionamento, por meio da manipulação decorrente do

¹⁸¹ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2212577>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁸² Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2212577>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁸³ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188483>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁸⁴ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192656>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁸⁵ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192657>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁸⁶ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192659>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁸⁷ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190788>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁸⁸ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191495>>. Acesso em: 22/10/2019.

fornecimento de auxílio financeiro, ignorando-se a complexidade da condução de uma gestação dessa natureza e sem atentar para a violência sexual que vitimou a mulher nessa situação.

A necessidade de recebimento de auxílio para o sustento de filhos deve ser uma preocupação estatal direcionada não apenas aos filhos oriundos de um estupro, eis que se trata de um dever constitucional e legal, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Marco Legal da Primeira Infância, mas a concessão de auxílios de caráter assistencial representam tema polêmico.

O fato de o projeto de lei se voltar somente a estes casos decorrentes de estupro em que possível a realização do aborto legal indica claramente o interesse na manipulação da liberdade de escolha feminina até mesmo no caso em que abarcada pela possibilidade de um aborto legal.

Sem pretensão de esgotamento das propostas existentes sobre o tratamento legal do aborto, as amostras elencadas indicam forte intenção de recrudescimento do tratamento penal, com o fito de estabelecimento de explícita proteção da vida intrauterina para fins penais desde a concepção em detrimento dos direitos fundamentais femininos, da liberdade sobre o próprio corpo, da igualdade e da autonomia da mulher, ao passo que os projetos de lei voltados a descriminalização não ostentam avanços de tramitação.

O movimento crescente para a privação de direitos e a tendência de alguns projetos para maior criminalização atentam claramente à Constituição Federal de 1988 ao violarem os direitos fundamentais das mulheres.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imposição do controle estatal sobre o corpo feminino provém da noção de dominação masculina sobre o feminino. Scott indica que “a relação entre os regimes autoritários e o controle das mulheres tem sido bem observada, mas, não foi estudada a fundo”¹⁸⁹ e tal afirmação não poderia se revelar mais atual no contexto social e político brasileiro.

A ascensão de um pretense governo de extrema direita à Presidência do país com um projeto de campanha baseado em propostas explicitamente antidemocráticas, após um processo de destituição constitucionalmente questionável ocorrido em 2016 que destituiu a primeira Presidenta eleita no país, deu azo ao despertar de uma onda de manifestações de sentimentos de ódio e preconceito contra as diversidades. O discurso conservador tomou conta de diversos setores da sociedade, em um movimento de retrocesso em relação ao respeito às diversidades e às diferenças.

Scott assinalou que durante momentos de dominação por regimes autoritários “os dirigentes que se afirmavam, legitimavam a dominação, a força, a autoridade central e o poder soberano identificando-os ao masculino (os inimigos, os “outsiders”, os subversivos e a fraqueza era identificados ao feminino), e traduziram literalmente esse código em leis que colocam as mulheres no seu lugar “proibindo sua participação na vida política, tornando o aborto ilegal, proibindo o trabalho assalariado das mães, impondo códigos de vestuário às mulheres”¹⁹⁰

Essas ações só podem adquirir um sentido se elas são integradas a uma análise da construção e da consolidação de um poder. Uma afirmação de controle ou de força tomou a forma de uma política sobre as mulheres. Nesses exemplos, a diferença sexual tem sido concebida em termos de dominação e de controle das mulheres.¹⁹¹

¹⁸⁹ SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10/08/2019. P. 25.

¹⁹⁰ SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10/08/2019. P. 25.

¹⁹¹ SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10/08/2019. P. 25-26.

Desde 1988 Brasil vive sob um regime jurídico constitucional democrático, no entanto, os direitos fundamentais consagrados teoricamente a todos não alcançam de modo igualitário as mulheres e os homens no aspecto material, mas tão somente em âmbito formal, na previsão abstrata.

A aparente neutralidade das ciências criminais e do sistema punitivo, construídos sob a perspectiva do homem criminoso, comprometem a análise da relação entre as mulheres e o Direito Penal.

A ausência da mulher como foco dos estudos criminológicos por anos culminou com a insuficiência de políticas criminais voltadas às mulheres. A criminalidade feminina não foi analisada com o mesmo enfoque conferido a criminalidade masculina. A proteção dos direitos da mulher e os direitos conferidos a população feminina são conquistas historicamente recentes. Durante muito tempo, as prisões existentes não contemplaram as peculiaridades da população feminina, e ainda não contemplam, e a mulher ainda sofre vitimização por meio da perpetuação irrefletida de um sistema moral e jurídico já ultrapassado.

O Direito Penal e a criminalização de condutas praticadas por mulheres serviram por muito tempo como mecanismo para a retirada de mulheres indesejadas da sociedade, as loucas, prostitutas e até mesmo as consideradas bruxas.

Carmem Hein de Campos e Salo de carvalho afirmam que “o feminismo é um dos mais importantes movimentos políticos e teóricos das últimas décadas, tendo contribuído de forma decisiva para o avanço das humanidades”¹⁹² A importância do movimento repercutiu nos estudos criminais e criminológicos e, com o processo histórico de reconhecimento de direitos decorrente de lutas feministas, surgiram estudos voltados a questão da mulher no sistema punitivo.

No Brasil, o aprisionamento feminino foi objeto do estudo de Maruza Bastos no ano de 1997, e sobre o tema seguiram-se os estudos desenvolvidos por Guilma Olga Espinoza Mávila¹⁹³, Juliana Novaes Mancuso¹⁹⁴ e Debora Diniz¹⁹⁵.

Posteriormente surgiram estudos dedicados exclusivamente a Criminologia Feminista, conforme abordado no capítulo Criminologia Feminista, e estudos

¹⁹² CAMPOS, Carmen Hein e CARVALHO, Salo de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. 2014, p. 165. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-jpg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf>. Acesso em 19/09/2019.

¹⁹³ A mulher encarcerada em face do poder punitivo. O Direito ao Trabalho em uma prisão feminina. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

¹⁹⁴ *Políticas públicas para mulheres encarceradas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2009.

¹⁹⁵ *Cadeia: relato sobre mulheres*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

acadêmicos calcados na Criminologia Feminista como base teórica para a análise de aspectos atinentes a criminalidade praticada pela mulher. Nesse cenário se insere o presente trabalho, no sentido da deslegitimidade da tutela penal do aborto considerando a perspectiva da mulher, e não sob a perspectiva androcêntrica que prevaleceu nos estudos criminológicos durante anos.

Sob a perspectiva da criminologia crítica, a criminalização do aborto praticado pela própria gestante pela legislação brasileira representa uma forma de dominação sobre as mulheres e controle do corpo feminino, além de representar a estigmatização de mulheres com base em razões religiosas e morais. O controle é destinado a uma parcela selecionada da população, composta de mulheres mais vulneráveis, social e economicamente, na medida em que propensas à criminalização primária exercida de modo seletivo pelas agências formais de controle.

Os dados prisionais atinentes a população feminina indicam crescimento nos últimos anos, que está associado a maior inserção da mulher no espaço público, ao aumento da população urbana e ao movimento de expansão do Direito Penal, o que conduz à necessidade de que as questões sobre a criminalidade feminina sejam visitadas e revisitadas, com o aprofundamento da posição da mulher como sujeito ativo e da impertinência da criminalização de condutas praticadas somente por mulheres, como é o caso do aborto.

A perspectiva androcêntrica com que as ciências penais têm trabalhado demanda uma reinvenção para que seja englobada a perspectiva da mulher, oportunizando o implemento de políticas criminais voltada a criminalidade praticada por mulheres e o debate aprofundado acerca da criminalização do aborto, na medida em que somente a partir da perspectiva da mulher como sujeito de direitos e dotada de direito sobre o próprio corpo é que se torna possível a construção de um arcabouço teórico-criminal para a discussão da deslegitimidade da tutela penal do aborto.

A violência de gênero está presente não apenas em relação à mulher enquanto sujeito passivo de um delito, ou seja, enquanto titular do bem jurídico ameaçado ou violado, na posição de vítima, mas também se verifica a ocorrência de violência de gênero pelo próprio Estado na criminalização do aborto, ao tornar ilícita a opção da mulher em não prosseguir com uma gravidez indesejada.

O aborto é considerado crime no Brasil, inclusive com a punição do autoaborto, com previsão de pena privativa de liberdade de detenção de um a três anos para o autoaborto, e para o aborto praticado por terceiro de reclusão de um a quatro anos, com o início do cumprimento da pena ocorre em regime aberto, conforme disposto no art. 33, §2º, do Código Penal.

Em razão da quantidade da pena prevista o aborto é considerado como um crime menor potencial ofensivo, permitindo a aplicação da suspensão condicional do processo nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/95, desde que atendidos os requisitos previstos em lei:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena ([art. 77 do Código Penal](#)).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Assim, se a acusada pela prática de aborto for primária o Ministério Público poderá oferecer a proposta de suspensão condicional do processo. Se aceita a proposta, o processo e o curso do prazo de prescrição ficarão suspensos pelo período de dois a quatro anos. Nesse lapso, a acusada deverá cumprir as condições impostas e não ser acusada pela prática de outro crime no período. Ao final do período, cumpridas as condições, será extinta a punibilidade da acusada, e o processo será arquivado. Em suma, em se tratando de autoaborto praticado por ré primária e de bons antecedentes a legislação brasileira prevê a possibilidade de aplicação de uma medida despenalizadora.

Os dados da Pesquisa Nacional do Aborto de 2016 indicarem que em 2015 aproximadamente 503 mil abortos foram realizados, o número de pessoas presas pela prática do crime de aborto no ano de 2016, conforme pesquisa Infopen do ano de 2016, era de 7 mulheres e 77 homens.¹⁹⁶

Portanto, sob a perspectiva da eficácia do Direito Penal verifica-se que no caso da incriminação penal do aborto, o Direito Penal exerce função claramente simbólica na proteção do suposto bem jurídico ofendido, uma vez que a incriminação não inibe a conduta e que o procedimento continua sendo realizado por mulheres das mais variadas classes sociais, religiões, nível de escolaridade e idade, pois não se trata de uma questão a ser tratada pelo campo incriminador do Direito.

O Direito Penal, no caso, funciona como mecanismo limitador da liberdade feminina e dos direitos fundamentais da mulher, e como violência de gênero exercida pelo Estado sob o corpo feminino, capaz de conferir o estigma de criminosa à mulher que interrompe a gravidez e impedi-la de exercer com liberdade seus direitos reprodutivos e seu planejamento familiar livre de interferência impositiva Estatal.

¹⁹⁶ Dados Infopen 2016, p. 41. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 19/09/2019.

O tratamento do aborto demanda a intervenção de outros ramos das ciências, na medida em que o aborto demanda tratamento complexo e multidisciplinar e não a incriminação realizada pelo Direito Penal.

A pesquisa nacional sobre o aborto concluiu que o aborto é prática comum no Brasil e que a frequência dos abortos é alta, pois a pesquisa indicou que no ano de 2016 uma em cada cinco mulheres aos quarenta anos já realizou ao menos um aborto, sendo que na comparação dos dados das pesquisas realizadas em 2010 e 2016 a proporção de mulheres que realizou ao menos um aborto não sofreu alteração relevante (296 em 2010 e 251 em 2016).

Assim, a atuação Estatal preventiva não ocorre de modo suficiente para permitir o adequado planejamento familiar e a interrupção voluntária da gravidez se confirma como uma questão de saúde pública. Não se pode perder de vista que muitas dessas mulheres já possuem outros filhos, que igualmente merecem a proteção do Estado e que a criminalização da mãe não atende os interesses da família ou da sociedade. Desse modo, deve ser tratado como direito fundamental, no campo do Direito Constitucional e do Direito Civil, e não por meio da proibição legal.

Apesar de a Constituição não se posicionar sobre a proibição ou permissão do aborto de modo expresso, a legislação infraconstitucional penal atual é clara quanto a proibição.

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em postura claramente ativista, favorável ao reconhecimento e garantia de direitos, sinaliza em sentido contrário e já flexibilizou o rigor legal, incluindo hipótese jurisprudencial permissiva no aborto, no caso de anencefalia. Entendimento semelhante foi adotado para permitir a concessão de liberdade provisória a réus acusados da prática de aborto com o consentimento da gestante. O ativismo judicial, conforme visto, vem acompanhado de um custo que pode acarretar a reação social negativa à flexibilização do aborto e o consequente aumento dos projetos de lei voltados a uma maior incriminação e menor âmbito de interpretação jurisdicional.

No âmbito legislativo, no entanto, os avanços no sentido da descriminalização são inexpressivos. As propostas tendentes nesse sentido não contam com avanços significativos, de modo que o cenário se revela pouco favorável à descriminalização do aborto pela via legislativa.

Por outro lado, emergem tendências de tentativas legais de recrudescimento penal, com a intenção de reconhecimentos de direito desde a concepção,

impossibilitando a prática legal do aborto, como é o caso da propositura de diversos projetos de lei visando a implementação de um estatuto de proteção do nascituro e de proposta de emenda constitucional para a inclusão de garantia da vida do nascituro desde a concepção, em flagrante violação aos direitos fundamentais da mulher.

Desse modo, a via judicial, a despeito das críticas que se fazem cabíveis à atuação judicial para além dos limites da aplicação da lei, revela-se o único campo em que o reconhecimento dos direitos das mulheres à prática do aborto se fez possível, ainda que de forma moderada e pontual em relação a casos específicos. No entanto, o caminho legislativo não aponta no mesmo sentido.

O contexto brasileiro impõe a reflexão sobre a condição da mulher na criminalização do aborto e sobre a necessidade premente de reconhecimento dos direitos fundamentais da mulher, sobretudo do controle sobre o seu próprio corpo, o que é incompatível com o encarceramento da mulher que opte por não levar a termo uma gravidez indesejada.

Para a preservação dos direitos das mulheres é indispensável a reforma legislativa para descriminalizar a interrupção da gravidez pela gestante ou com seu consentimento durante as 12 semanas iniciais de gestação, uma vez que se trata de fenômeno social e questão de saúde pública que demanda a implementação de políticas públicas voltadas a preservação, sobretudo, da saúde da mulher e a preservação de seus direitos fundamentais e não a aplicação do viés punitivo, estigmatizador e controlador do Direito Penal.

Ao longo do trabalho foi exposto o contexto social e jurídico atual brasileiro sobre o aborto, por meio de análise descritiva da bibliografia sobre a criminalização das mulheres, sobre a criminologia, o feminismo e a criminologia feminista, bem como pela análise dos julgamentos proferidos pelos Tribunais Superiores e dos projetos de lei que visaram a descriminalização ou o aumento da incriminação.

O aborto por se referir intrinsecamente ao corpo feminino representa um tema em que os mecanismos de dominação sobre as mulheres se fazem fortemente presentes. A prática do autoaborto somente pode ser realizada por mulheres, de modo que o tratamento do aborto deve contemplar os direitos das mulheres e da mulher considerada como sujeito de direitos a serem garantidos pelo Estado Democrático de Direito que o Brasil pretende ser. Não se ignora que a legalização do aborto é uma das pautas de movimentos feministas.

O cenário de alteração legislativa no Brasil mostra-se desfavorável a legalização do aborto, considerando a existência de projetos de lei e propostas de emenda constitucional voltadas ao recrudescimento do tratamento jurídico-penal do aborto por meio do incremento da criminalização de sua prática. Em quantidade inferior apresentam-se os projetos voltados a descriminalização.

Por outro lado, a produção jurisprudencial tende a uma posição de vanguarda na descriminalização, ainda que pontual, da prática do aborto. Assim, por meio do sistema de precedentes judiciais tem sido possível a flexibilização da proibição do aborto, de modo ainda tímido, permitindo-se sua realização em situações não contempladas nos permissivos existentes no Código Penal.

Ao longo do presente trabalho pretendeu-se introduzir a temática da criminalidade feminina com a finalidade de expor o estágio atual do encarceramento das mulheres, a comparação com os dados relativos ao encarceramento masculino e a indicação dos crimes responsáveis pela maioria das detenções femininas, com exposição da necessidade da abordagem do sistema jurídico sob o ponto de vista da mulher, quer como vítima, quer como autora de crimes, abordagem que foi omitida dos estudos criminológicos durante longo período.

Abordou-se a bibliografia atinente às principais Escolas Criminológicas, aos movimentos feministas e à Criminologia Feminista, com breve compilação dos principais trabalhos desenvolvidos sobre a Criminologia Feminista, direta ou indiretamente, que serviram de referencial teórico base para a pesquisa realizada.

Por meio da contextualização do tratamento jurídico penal do aborto no Brasil analisou-se a teoria dos direitos fundamentais e sua aplicação nas discussões sobre o aborto, com apresentação dos números referentes à prática do aborto no Brasil. Diante da persistência da criminalização, foram apresentados e avaliados os julgamentos do Supremo Tribunal Federal que consideraram lícito o aborto, assim como os projetos legislativos sobre o tema, que revelam pouco avanço legislativo no sentido da ampliação dos direitos fundamentais da mulher, pelo reconhecimento da licitude da interrupção voluntária da gravidez.

Os projetos legislativos trazidos indicam a dificuldade do implemento legal de flexibilização do punitivismo direcionado à interrupção da gravidez e a frustração de projetos voltados ao avanço no reconhecimento dos direitos femininos.

A deslegitimidade da tutela penal do aborto advém da ineficácia, insuficiência e inadequação do tratamento da interrupção da gravidez por meio do

Direito Penal, por se tratar de tema situado no âmbito dos direitos fundamentais da mulher como decorrência da dignidade da pessoa humana e dos princípios fundamentais dela decorrente, como o direito de escolha, o direito de autodeterminação e o direito ao próprio corpo.

O sistema jurídico penal brasileiro e a política criminal vigente estão fundadas em um modelo androcêntrico, sem consideração da mulher, à qual deve ser garantido o pleno exercício de seus direitos fundamentais. Assim, a criminalização do aborto se revela deslegítima, ineficaz e inadequada, e a manutenção da proibição do aborto evidencia a indevida e persistente dominação do Estado sobre os corpos femininos por meio da imposição da obrigatoriedade da gestação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *O poder soberano e a vida nua: homo sacer I*. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- ALBRECHT, Peter Alexis. *Criminologia – Uma fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ASSIS, Machado de. *O Alienista*. Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro. Livro digital. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000012.pdf>>. Acesso em 20/09/2019.
- AZEVEDO, Aluísio de. *O Cortiço*. Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro. Livro digital. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ua00021a.pdf>> Acesso em 20/09/2019.
- BASTOS, Maruza. *Cárcere de Mulheres*. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda, 1997.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Revan: 2014.
- BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e Feminismo*. Org. Carmen Hein de Campos. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.
- _____. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, 2ª edição.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: 1. Fatos e Mitos*. 2ª edição. Tradução de Sérgio Milliet. Difusão Europeia do Livro.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: 2. a experiência vivida*. 2ª edição. Tradução de Sérgio Milliet. Difusão Europeia do Livro.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Edição Ridendo Castigat Mores,

Versão para ebook: ebooksBrasil.com, Fonte Digital www.jahr.org, Livro digital. Agosto, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em 19/09/2019.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual. *Revista Liberdades*, v. 1 (maio-agosto/2009). IBCCRIM.

_____. *Bem Jurídico Penal*. 1ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19/09/2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#art175%C2%A71>. Acesso em 23/09/2019.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19/09/2019.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19/09/2019.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23/09/19

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.971 de 1941*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreto/1940-1949/decreto-lei-3971-24-dezembro-1941-414013-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20/09/2018.

BRASIL. *Lei N. 9.099/95*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 19/09/2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Infopen Mulheres, junho de 2014. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 20/09/2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Infopen Mulheres, 2ª edição. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 20/09/2018.

BRASIL. Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade: junho de 2017.

Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf>. Acesso em 24/02/2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Infopen 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 20/09/2018.

BRASIL. *Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3* disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm> acesso em 11/09/2019.

BRASIL. Sugestão nº 15 de 2014, Secretaria-Geral do Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=119431>> Acesso em 23/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 478/2007. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 489/2007. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345301>>. Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 11105/2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188140>>. Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 11148/2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188483>>. Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1763/2007. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=362577>>. Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3748/2008. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=405056>>. Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8116/2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=786789>>. Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 788/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1710624&filename=PL+788/2019>. Acesso em 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4149/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2212577>>. Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1006/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192656>> Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1007/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192657>> Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projetos de Lei nº 1009/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192659>>. Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 260/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190788>>. Acesso em 22/10/2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 564/2019. <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191495>>. Disponível em: Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. *VI Relatório Nacional Brasileiro*. Presidência da República. Secretaria Nacional de Política para as Mulheres. Brasília, 2008. Disponível em <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2013-comite-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contr-a-mulher/vi-relatorio-nacional-brasileiro-cedaw.pdf>>. Acesso em 28/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência Internacional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa1Abortoatualizada18022019.pdf>>. Acesso em 19/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 34**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 26/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em 26/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306 – Rio de Janeiro**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 26/10/2018.

- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual do derecho penal español*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política Criminal e injusto: política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado. *Revista de Direito Penal*, v. 30, p. 38-54. Rio de Janeiro, 1980.
- BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- CALEIRO, Regina Célia Lima. *História e Crime: quando a mulher é ré*. Franca 1890-1940. Montes Claros: Unimontes, 2002.
- CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva. Lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.
- CAMPOS, Carmem Hein de. CARVALHO, Salo de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. 2014. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf>. Acesso em 19/09/2019.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Vol. 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CASTRO, Livio de. *A Mulher e a Sociogenia*. 1887. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1887.
- CHAIL, Cássius Guimarães e PASSOS, Kennya Regyna Mesquita. *Gênero e pensamento criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista*. IN: Revista de Criminologias e Políticas Criminais, e-ISSN: 2526-0065. Curitiba, volume 2, nº 2, p. 131 – 151. Jul/Dez. 2016.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral, volume único. Salvador: Juspodium, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- DINIZ, Débora e MEDEIROS, Marcelo, Aborto no Brasil uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf>>. Acesso em 25/10/2018.
- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo e MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2017, vol.22, n.2, pp.653-660.

ISSN 1413-8123. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em 25/10/2018.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FARIA, Thais Dumê. *A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3310.pdf>>.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Russel, 2003.

FILLIPO, Thiago Baldani de. *Aborto Estados: Estados Unidos e Brasil, um estudo comparado*. São Paulo: Ipam, 2015.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil 2º edição*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>>. Acesso em 18/09/2019.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. *Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero*. IN: Revista Ártemis, Vol. XVIII nº 1; jul-dez, 2014. p. 212-227.

GARCEZ NETO, Martinho. *Função Criadora da Jurisprudência*. In: Revista da EMERJ, Volume 5, nº 19, 2002, p. 46-52.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.

HASSEMER, Winfred. *Introdução aos fundamentos de Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª edição. São Paulo: Cia das Letras, 201.

ISHIY, Carla Tayumi. *A desconstrução da criminalidade feminina*. São Paulo: 2014, p. 18. Dissertação de Mestrado apresenta à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JUAREZ, Tavares. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- KOZICKI, Katya. *Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153*. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. Acesso em 22/10/2019.
- LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Mulheres homicidas: novos aspectos criminológicos e penais*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2008.
- LOMBROSO, Cesare; FERREO, Guglielmo. *A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal*. Antonio Fontoura: Curitiba, 2017. Livro digital Formato Kindle.
- LOPES, Cláudio Ribeiro. “O Controle Social, o Sistema Penal e o Princípio da Intervenção Mínima”. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (orgs.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora RT, 2003.
- MANCUSO, Juliana Novaes. *Políticas públicas para mulheres encarceradas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro digital formato Kindle.
- MAVILA, Guilma Olga Espinoza. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo. O Direito ao Trabalho em uma prisão feminina*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1941.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos Tipos Penais: parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Editora RT, 2004.
- MELO, Monica de. *Direito fundamental à vida e ao aborto a partir de uma perspectiva constitucional, de gênero e da criminologia*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

- MELLO, Patrícia Perrone Campos e BARROSO, Luís Roberto, “*Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro*”. Disponível em : “<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>”. Acesso em 23/05/2020.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007
- MENDES, Soraia da Rosa. *(RE)Pensando a Criminologia: Reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Universidade de Brasília, 2012.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. vol. 2. São Paulo: Atlas.
- MOLINA, García-Pablos, Derecho penal. Introducción, 2.ed. Madrid: Universidad Complutense, 2000).
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Parte Geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*. 15ª ed. Valência: Editora Tirant To Blanch, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O Direito Penal e a Intervenção Mínima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, 1997.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- PAES, Fabiana Dal'mas Rocha Paes. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o aborto*. disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-25/mp-debate-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal-aborto#author>>. Acesso em 25/10/2018.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 26ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore e PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro crime ou “cortesia”?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998.

- PLANAS, Ricardo Robles. *Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico* – Coleção Ciência Criminal Contemporânea – vol. 6. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- PORTELLA, Ana Paula. *Criminologia Feminista*. IN: *Crime, polícia e justiça no Brasil*. 1ª ed, LIMA, Renato Sérgio de, RATTON, José Luiz e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de, (orgs). São Paulo: Contexto, 2014.
- POSNER, Richard A. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- PRADO, Luis Regis. *Elementos de Direito Penal*. Vol. I, Parte Geral. São Paulo: RT, 2005.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia Jurídica, passo a passo*. Rio de Janeiro: Método, 2015.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. (Coordenadores). *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REALE Jr, Miguel. *Teoria do Delito*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2000.
- REALE Jr, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- RIBEIRO, Djamila. *As diversas ondas do feminismo acadêmico*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/escritorio-feminista/feminismo-academico-9622.html>>. Acesso em 25/10/2018.
- RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/h53wj/pdf/rodrigues-9788579820755.pdf>>. Acesso em 29/09/2019.
- ROXIN, Claus. *A Culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal*. Trad. Luis Greco. RBCCRIM n. 46, São Paulo, jan/fev 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal-Parte General*. Madrid: Editora Civitas, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

- SANTOS, Silvia Chakian de Toledo, *A tutela penal da Mulher: histórico, limites e exigências para uma proteção eficiente*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.
- SARMENTO, Daniel e NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Criminal 0009440-69.2011.8.26.0152; Relator (a): Edison Brandão; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cotia - Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/09/2015; Data de Registro: 17/09/2015. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 21/09/2019.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal 0012259-93.2007.8.26.0224; Relator (a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - Vara do Júri; Data do Julgamento: 25/10/2012; Data de Registro: 25/10/2012). Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=6293746&cdForo=0>>. Acesso em 21/09/2019.
- SCHMIDT, Rita et al. (org). *Fazeres Indisciplinados: estudos de literatura comparada*. Porto Alegre: UFRGS, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10/08/2019.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da Pena*. São Paulo: Editora RT, 2002.
- SHECAIRA, Sergio Salomão. *CRIMINOLOGIA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português*. Vol. I. Lisboa: Editorial Verbo, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002
- SILVEIRA, Rento de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

- SMANIO, Gianpaolo Paggio. *Tutela Penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.
- SOARES, Inês Virgínia Prado, e KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- TRINDADE, Ligia Cintra de Lima. *Guerra às drogas e criminalização das mulheres*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2016.
- VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho; PEREIRA, Bruno Ramos; e outros. *A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça*. IN: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 105-139.
- WIT, Carolina Wanderley Van parys de. *Delinquentes, prostitutas e histéricas: O discurso médico-legal sobre as mulheres infames no Brasil (1890-1939)*, disponível em: < http://www1.udesc.br/arquivos/id_submenu/2561/19.pdf> . Acesso em 20/08/2018.
- YOUNG, Jock. *A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.
- ZAFFARONI, Eugénio Raul, e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugénio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.