



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O poder simbólico da criminalização secundária do aborto

Maria Fernanda de Mattos Calil

Rio de Janeiro

2014

MARIA FERNANDA DE MATTOS CALIL

O poder simbólico da criminalização secundária do aborto

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2014

O PODER SIMBÓLICO DA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA DO ABORTO

Maria Fernanda de Mattos Calil

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda Lato Sensu pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Apesar de o aborto ser uma conduta tipificada no CP, ele ocorre frequentemente no Brasil. Não raro, a mídia traz episódios de clínicas clandestinas fechadas quando descobertas. A relevância do presente trabalho é justamente analisar o porquê da reiteração dessas condutas ante o estudo do perfil de mulheres que efetivamente são criminalizadas, através de dados estatísticos, relatos e pesquisas realizadas nesse sentido, o que reflete a criminalização secundária.

Palavras-chave: Penal. Criminalização Primária. Criminalização Secundária. Aborto.

Sumário: Introdução. 1. Aborto Tipificado: Criminalização Primária. 2. Discussão Política sobre o Aborto no Brasil. 3. O Poder Simbólico da Criminalização do Aborto: Criminalização Secundária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a focar a questão da criminalização secundária do aborto, ou seja, o porquê da punição efetiva apenas de determinadas mulheres. Essas, na sua maioria, são as que pertencem aos setores mais pobres da sociedade, e que se submetem a tal prática em clínicas clandestinas e precárias, o que gera complicações e a sua ida aos hospitais do Sistema Único de Saúde, local em que seu crime é descoberto e comunicado às autoridades.

Assim, percebe-se que a questão do aborto, na sociedade moderna, mais do que uma questão puramente legal e social, uma vez que o aborto já foi legalizado por estratificação econômica e social, possui também importante reflexo na saúde pública, fazendo com que a

discussão da punição ou não, seja de interesse da sociedade como um todo.

Dessa forma, o trabalho vai despertar a atenção porque vai demonstrar, que as leis punitivas são incapazes de evitar a redução da conduta típica. Quando há uma gravidez indesejada, as mulheres recorrem ao abortamento clandestino, havendo diferença apenas em relação à classe econômica.

A diferença social e econômica é responsável pela segurança e efetividade ou não da prática do aborto. As mulheres com recursos financeiros realizam abortos seguros, ao passo que mulheres pobres submetem-se a abortos inseguros.

Ainda ressaltam-se as pesquisas de campo sobre o tema, o que mostra ser o tema de extrema relevância para a sociedade como um todo.

E a questão passa ainda pelos direitos e garantias fundamentais outorgadas pela CRFB, desrespeitados quando se trata da prática do aborto, no que diz respeito às classes sociais mais desfavorecidas, que colocam sua vida e integridade física em risco para obter a solução que as mulheres de classes mais favorecidas conseguem sem que haja qualquer risco.

O que fica claro é que se tem por objetivo demonstrar que a tipificação do aborto não é empecilho para realizá-lo, sendo o único mérito da criminalização a punição de determinado perfil de mulher, o que acaba por gerar uma discriminação por estratificação social.

Ante o exposto, se pretende esclarecer que o autoaborto e o aborto praticado por terceiros são tipificados e punidos, porém, as leis punitivas são incapazes de evitar tal prática.

O que se vê é que a realidade social e econômica influencia na realização da conduta típica, assim como na criminalização da conduta típica.

Por fim, o presente trabalho seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, criminológica e histórica, qualitativa, do qual serão analisadas as causas e o perfil das mulheres efetivamente criminalizadas. Dessa forma, o estudo será exploratório do tipo levantamento.

1. ABORTO TIPIFICADO: CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

Para a melhor compreensão da criminalização primária do aborto, antes, é necessária uma breve elucidação não só do conceito de aborto, como também de suas espécies.

1.1 CONCEITO DE ABORTO

A definição mais completa é a dada por Hélio Gomes,¹ segundo o qual, o aborto consiste na “interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo, desde a concepção até momentos antes do parto”.

O bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico é a proteção da vida humana, ainda que em formação, e a incolumidade física e psicológica da gestante².

O direito à vida é uma garantia fundamental assegurada pelo art. 5º, caput da CRFB, em que tutela-se não somente a vida humana já totalmente formada e independente, mas também aquela dependente, que já foi concebida, mas se encontra ainda em formação.

Nessa direção aponta o nosso Código Civil, em seu art. 2º, *caput*, 2ª parte³, que estabelece estarem garantidos os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Tal crime é doloso e vem tipificado nos arts. 124 a 128 do CP.

Seguindo a linha de raciocínio, também é elemento essencial para a configuração do delito que exista a gravidez e que o feto esteja vivo à época do emprego das manobras abortivas, e que a sua morte seja consequência direta destas, pois a partir do parto, o crime será de infanticídio, caso exista o estado puerperal, ou de homicídio.⁴

¹ GOMES apud BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Dos crimes contra a pessoa. v. 2. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

² *Ibid.*, p. 137.

³ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 set. 2014.

⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 139.

O marco inicial do ponto de vista jurídico para que se configure a gravidez é a fixação do óvulo fecundado no endométrio, nidação, o que ocorre cerca de 14 dias após a fecundação. Já o termo final da gravidez se dá a partir do rompimento do saco amniótico, para os partos normais, ou a partir dos procedimentos cirúrgicos, para as cesarianas.⁵

Portanto, pode-se concluir que o crime aqui estudado “exige as seguintes condições jurídicas: dolo, gravidez, manobras abortivas e a morte do feto, embrião ou óvulo”⁶.

1.2 ESPÉCIES DE ABORTO

Para a melhor tipificação da conduta, é necessário elucidar sobre as espécies de aborto, quais sejam, autoaborto; aborto consentido provocado por terceiro; aborto não consentido provocado por terceiro e aborto qualificado pelo resultado.

1.2.1 AUTOABORTO

O autoaborto, tipificado no art. 124, 1ª parte do CP, consiste em “provocar aborto em si mesma”⁷, e é um crime de mão própria que só pode ser praticado pela gestante.⁸

A consumação ocorre com a morte do feto, sendo desnecessária a expulsão do produto da concepção do ventre materno, sendo um delito instantâneo de resultado.⁹ É admissível a tentativa, desde que a mulher tenha iniciado a execução, ou seja, tenha praticado

⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal*. v. 2. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 107.

⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 139.

⁷ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

⁸ Ibid., p. 139.

⁹ PRADO, op. cit., p. 110-111.

qualquer conduta que visasse a morte de seu feto, sendo interrompida por fatos alheios a sua vontade.¹⁰

A ação penal neste caso é pública incondicionada, na forma do art. 100, *caput* do CP¹¹, de competência do Tribunal do Júri, de acordo com o art. 5º, XXXVIII da CRFB¹² e art. 74, parágrafo único do CPP¹³, sendo admitida a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, *caput* da Lei 9.099/95¹⁴.

1.2.2 ABORTO CONSENTIDO PROVOCADO POR TERCEIRO

O aborto consentido provocado por terceiro, tipificado nos arts. 124, 2ª parte e 126, ambos do CP, consiste em “provocar aborto com o consentimento da gestante”¹⁵, e é um crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa.

O consentimento da gestante é uma elementar do tipo que só pode ser dado por quem tenha capacidade de consentir, conforme art. 126, parágrafo único. O consentimento dado por gestante menor de 14 anos, alienada ou débil mental, ou obtido por meio de fraude, grave ameaça ou violência, não será válido, aplicando-se as penas do art. 125 do CP.¹⁶

A consumação ocorre com a morte do feto, sendo desnecessária a expulsão do produto da concepção do ventre materno, sendo delito instantâneo de resultado. É admissível

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina; casuística; conexões lógicas com os vários ramos do Direito*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 412.

¹¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 08 set. 2014.

¹³ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acessado em: 08 set. 2014.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 set. de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

¹⁵ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

¹⁶ PRADO, op. cit., 2008, p. 112.

a tentativa, desde que o terceiro tenha iniciado a execução, ou seja, praticado qualquer conduta que visasse à morte do feto, sendo interrompido por fatos alheios a sua vontade.¹⁷

A ação penal nesse caso é pública incondicionada, art. 100, *caput* do CP¹⁸, de competência do Tribunal do Júri, art. 5º, XXXVIII da CRFB¹⁹ e art. 74, parágrafo único do CPP²⁰, admitida a suspensão condicional do processo, art. 89, *caput* da Lei 9.099/95²¹.

1.2.3 ABORTO NÃO CONSENTIDO PROVOCADO POR TERCEIRO

O aborto consentido provocado por terceiro, tipificado nos arts. 125 e 126, parágrafo único, ambos do CP, consiste em “provocar aborto, sem o consentimento da gestante”²² e é um crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa.

O dissenso da gestante é uma elementar do tipo, além dos casos previstos no parágrafo único do art. 126 do CP, quais sejam, o consentimento dado por gestante menor de 14 anos, alienada ou débil mental, ou obtido por meio de fraude, grave ameaça ou violência.

A consumação ocorre com a morte do feto e é desnecessária a expulsão do produto da concepção do ventre materno, sendo delito instantâneo de resultado. É admissível a tentativa, desde que o terceiro tenha iniciado a execução, sendo interrompido por fatos alheios a sua vontade.²³

¹⁷ PRADO, op. cit., 2011, p. 412.

¹⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 08 set. 2014.

²⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acessado em: 08 set. 2014.

²¹ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 set. de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

²² BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

²³ PRADO, op. cit., 2011, p. 412.

A ação penal neste caso é pública incondicionada, na forma do art. 100, *caput* do CP²⁴, de competência do Tribunal do Júri, de acordo com o art. 5º, XXXVIII da CRFB²⁵ e art. 74, parágrafo único do CPP²⁶, não sendo admitida a suspensão condicional do processo como nos casos anteriores, nos termos do art. 89, *caput* da Lei 9.099/95²⁷, já que a pena mínima cominada para este delito é de três anos.

1.2.4 ABORTO QUALIFICADO PELO RESULTADO

O aborto qualificado pelo resultado, tipificado no art. 127 do CP, pode se dar por lesão corporal grave resultado das práticas abortivas ou morte em decorrência dessas práticas.

Os bens jurídicos protegidos são a vida humana em formação e a integridade física e vida da gestante, ou seja, o feto e a gestante serão os sujeitos passivos desse crime.²⁸ Já com relação ao sujeito ativo, é um crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa.

O dissenso da gestante é uma elementar do tipo, somente podendo aplicar as causas de aumento nos casos de abortos realizados por terceiro, já que a autolesão é impunível.²⁹

A consumação ocorre com o resultado mais grave não desejado, lesão corporal grave ou morte da gestante, não havendo necessidade da morte e expulsão do produto da concepção do ventre, sendo delito instantâneo de resultado. É inadmissível a tentativa, respondendo o agente sempre pelo crime consumado.³⁰

²⁴ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 08 set. 2014.

²⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acessado em: 08 set. 2014.

²⁷ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 set. de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

²⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 137.

²⁹ PRADO, op. cit., 2008, p. 113.

³⁰ Ibid.

A ação penal neste caso é pública incondicionada, na forma do art. 100, *caput* do CP³¹, de competência do Tribunal do Júri, de acordo com o art. 5º, XXXVIII da CRFB³² e art. 74, parágrafo único do CPP³³, não sendo admitida a suspensão condicional do processo como nos casos anteriores, nos termos do art. 89, *caput* da Lei 9.099/95³⁴, uma vez que a pena mínima cominada para este delito não é de um ano.

2 A DISCUSSÃO POLÍTICA SOBRE O ABORTO NO BRASIL

Pode-se dizer que a discussão política sobre o aborto no Brasil passou por dois momentos históricos. O primeiro momento, compreendido entre 1964 e 1985, marcou o início dos diálogos, ainda que tímidos, enquanto o segundo momento, compreendido entre 1985 e 2014, foi marcado pelo aumento e maior publicidade dos diálogos.

2.1 PRIMEIRO MOMENTO HISTÓRICO: DE 1964 A 1985

O primeiro momento histórico pode ser dividido em dois momentos, sendo o primeiro compreendido entre 1964 e 1979 e o segundo entre 1979 e 1985.

2.1.1 MOMENTO ENTRE 1964 E 1979

Analisando os projetos de lei anteriores a 1964, o que se percebe é que havia apenas o interesse pelo aumento da punição do aborto, como nos Projetos de Lei nº 810/49 e 828/55.

³¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 08 set. 2014.

³³ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acessado em: 08 set. 2014.

³⁴ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 set. de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

A partir de 1964, período do Regime Militar recém-instalado, o movimento feminino havia feito aliança com os partidos de esquerda e com a Igreja Católica, como forma de proteção. Em virtude de tal aliança, o aborto era um assunto velado³⁵, e restrito aos espaços privados, onde o Estado não podia ter conhecimento, nem a maioria da população.

Em 1966, foi editado o “Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos”, e, no âmbito da Organização das Nações Unidas, o “Pacto Internacional de Direitos Econômicos”. Dois anos depois, foi realizada em Teerã a “Conferência dos Direitos Humanos de Teerã”, mas o Brasil não participou, e tais pactos só foram assinados pelo Brasil em 1992.³⁶

Pelo exposto, em razão do excepcional momento histórico, o aborto era encarado apenas como um drama social, com origens na pobreza e na ignorância das mulheres.³⁷

2.1.2 MOMENTO ENTRE 1979 E 1985

A partir de 1979, se observa no Brasil uma abertura política com a redemocratização e a conseqüente desvinculação do movimento feminino com a Igreja Católica e com os partidos políticos de esquerda, o que, automaticamente faz com que as discussões sobre o aborto deixem os espaços privados e passem aos espaços públicos.³⁸

No plano internacional, em 1979, era realizada a “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher”, que procurou estabelecer a igualdade entre homens e mulheres, enfatizando os direitos sexuais e reprodutivos e se reconhecia que a discriminação realizada contra as mulheres configurava grave violação de direitos humanos.

³⁵ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 126.

³⁶ *Ibid.*, p. 68-69.

³⁷ *Ibid.*, p. 125.

³⁸ *Ibid.*, p. 126.

Foi criado também um comitê perante o qual os Estados-partes deveriam se reportar a cada 04 anos, apresentando relatórios com as medidas tomadas para efetivar os direitos.³⁹

O comitê formado ressaltou que os Estados signatários deveriam também adotar como prioridade a prevenção da gravidez indesejada, com o planejamento familiar e educação sexual, buscando, em verdade, a redução das taxas de mortalidade geradas pelo aborto inseguro e clandestino e, quando possível, a eliminação da punição.⁴⁰

Corroborando, em 1983, o Ministério da Saúde criou o “Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher”, PAISM, para orientar o planejamento familiar.⁴¹

Já no campo do legislativo, foram formulados 2 significativos projetos de lei, Pl nº 2.605/80⁴² e Pl nº1.651/83⁴³, que visavam a descriminação ou a ampliação dos permissivos legais em relação ao aborto.

Portanto, nesse contexto de evolução e amadurecimento, o aborto passa a ser encarado como uma questão atinente à saúde pública, à sexualidade feminina e à reprodução.⁴⁴

2.2 SEGUNDO MOMENTO HISTÓRICO: DE 1985 A 2011

O segundo momento histórico também pode ser dividido em dois momentos, sendo o primeiro compreendido entre 1985 e 1988 e o segundo entre 1988 e 2014.

2.2.1 MOMENTO ENTRE 1985 E 1988

³⁹ Ibid., p. 70.

⁴⁰ Ibid., p. 72.

⁴¹ Ibid., p. 127.

⁴² BRASIL. Projeto de Lei nº 2.605, de 21 maio 1980. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205038>>. Acesso em: 09 set. 2014.

⁴³ BRASIL. Projeto de Lei nº 1.651, de 11 agosto 1983. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=194634>>. Acesso em: 09 set. 2014.

⁴⁴ EMMERICK, op. cit., p. 127.

A partir de 1985, o que se verifica é a progressiva e intensa luta das mulheres para ocupar os espaços públicos. Como prova disso está a criação do “Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres”, CNDM, que redigiu a “Carta das Mulheres”⁴⁵, estando o aborto legal incluído nas reivindicações, mas tal documento nunca foi submetido ao constituinte.

Essa postura foi acompanhada pelo Projeto de Lei nº 5.456/85⁴⁶, proposto pelo parlamentar José Genoíno, que previa a ausência de punição do aborto realizado por médico com o consentimento da gestante, dispensava o período de oito semanas do feto, bem como a autorização judicial. Foi igualmente arquivado em 01 de fevereiro de 1987.

Paralelamente, a Igreja Católica apresentou um documento contrário a tais práticas através da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, CNBB⁴⁷, qual seja, “Por uma Nova Ordem Constitucional”, para a promoção e proteção da vida humana desde a sua concepção.

Acompanhando a postura conservadora da Igreja Católica, veio o Projeto de Lei nº 8.073/86⁴⁸, do parlamentar Nilson Gibson, que visava dar uma nova redação ao art. 128 do CP, endurecendo ainda mais a punição. Também arquivado em 01 de fevereiro de 1987.

Assim sendo, entre 1985 e 1988, pouco se avançou a respeito das discussões sobre o aborto, o que se pode extrair também da postura neutra da Câmara dos Deputados.

2.2.2 MOMENTO ENTRE 1988 E 2005

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, o debate político acerca do aborto se acirrou ainda mais, havendo a criação de organismos antagônicos por parte dos segmentos religiosos e por parte do movimento feminino.⁴⁹

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 5.456, de 21 maio 1985. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras318136.htm>>. Acesso em: 09 set. 2014.

⁴⁷ EMMERICK, op. cit., p. 127.

⁴⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.073, de 13 ago. 1986. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp.jsessionid=D34C6FFF6A25A269F99F07408B94C1D5.node1?idProposicao=504200&ord=1&tp=reduzida>. Acesso em: 09 set. 2014.

A Constituição de 1988 representou um avanço na garantia dos direitos humanos, mesmo que não tenha garantido o direito à realização do aborto, tendo incorporado uma série de reivindicações do movimento feminino, garantindo aos cidadãos o direito de realizar escolhas na vida privada sem que haja interferência direta do Estado.⁵⁰

Além disso, já na década de 90, houve a edição do Projeto de Lei nº 20/91⁵¹, acerca da obrigatoriedade de atendimento de casos de aborto previstos no Código Penal na rede do Sistema Único de Saúde, SUS, o qual não foi até a presente data aprovado ou rejeitado.⁵²

Porém, em que pese não ter sido até então transformado em lei, a articulação do movimento feminino conseguiu que as disposições fossem implantadas em vários municípios, além de demonstrar que as discussões a respeito do abortamento não são apenas sustentadas pelas mulheres, mas também outros segmentos da sociedade.⁵³

Como já foi explicitado, em 1992 o Brasil ratificou o “Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos” e o “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, mostrando que caminhava para a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos que deveriam ser promovidos e protegidos pelo Estado.⁵⁴

Nos anos 90, o Brasil continuou com essa postura de proteção aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, sendo signatário de uma série de tratados internacionais: “Declaração e Programa de Ação de Viena”, em 1993, “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará” em 1994, “Plano de Ação da Conferência Mundial de População e desenvolvimento”, em 1994 e a “IV Conferência Mundial da Mulher”, em 1995.

⁴⁹ EMMERICK, op. cit., p. 128.

⁵⁰ Ibid., p. 83-84.

⁵¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 20, de fev. 1991. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProporicao=14943>>. Acesso em: 09 set. 2014.

⁵² EMMERICK, op. cit. p. 130.

⁵³ Ibid., p. 131.

⁵⁴ Ibid., p. 68-69.

Nesse prisma, também foi-se percebendo que as leis punitivas não fazem com que a prática do abortamento diminua na sociedade, apenas faz com que as mulheres realizem o abortamento clandestino de forma insegura, o que acaba por gerar inúmeras complicações que podem levar até a morte⁵⁵, o que não raramente acontece, já que no Brasil é a 3ª causa de mortalidade de mulheres em idade reprodutiva⁵⁶.

O que, na verdade, a ilegalidade faz surgir é a indústria do aborto clandestino, que se revela imensamente lucrativa, uma vez que a prática encontra-se disseminada na sociedade, e não impedida pela lei proibitiva.

Nos anos 2000, os debates sobre o aborto acirram-se ainda mais, calculando-se cerca de mais de 40 projetos de ambos os lados, tendo sido a maior parte deles arquivados ou anexados a anteriores para julgamento conjunto.⁵⁷

Em 2004, foram criadas as “Jornadas Brasileiras pelo Direito ao Aborto Legal e Seguro”, que visavam mobilizar a sociedade brasileira em favor do aborto realizado de forma segura, através da sua descriminalização, através de debates públicos e apoio aos projetos de lei em prol do aumento dos permissivos legais em tramitação na Câmara dos Deputados.⁵⁸

Ainda nesse ano, como prova de que se passou a considerar o aborto clandestino como um problema de saúde pública, o Ministério da Saúde editou a “Norma Técnica Sobre a Atenção Humanizada ao Abortamento”,⁵⁹ para garantir que as mulheres que busquem atendimento médico por agravos resultantes da prática do aborto tenham a certeza de um tratamento humanizado, sendo respeitados seus direitos à privacidade e à intimidade, com impedimento de qualquer comunicação às agências policial e judicial.⁶⁰

⁵⁵ Ibid., p. 103.

⁵⁶ Ibid., p. 92.

⁵⁷ Ibid., p. 132.

⁵⁸ Ibid., p. 138.

⁵⁹ Ibid., p. 87-88.

⁶⁰ Ibid., p. 88.

Dessa forma, nesse período, houve consenso tanto em âmbito nacional como em internacional de que o aborto ilegal representa, em virtude de sua insegurança, um grave problema de saúde pública, uma vez que é responsável também por grande parte da mortalidade feminina em idade reprodutiva⁶¹.

2.2.3 MOMENTO ENTRE 2005 E 2011

No ano de 2005, é possível visualizar um marco histórico com a criação da Comissão Tripartite, formada por 18 membros oriundos do Poder executivo, Poder Legislativo e sociedade civil, tendo como meta a discussão, a elaboração e o encaminhamento de uma proposta de revisão da legislação brasileira que trata do aborto.⁶²

Ao final das discussões, a Comissão chegou a elaborar um Pré-Projeto que estabelecia em que condições a prática do abortamento seria permitida pela legislação em vigor, o que acabou por contrariar os setores religiosos do Congresso Nacional, uma vez que previa a permissão de realização do abortamento nos seguintes moldes: até a 12ª semana de gestação sempre que a mulher não desejasse prosseguir com a gestação; até a 20ª semana de gravidez em caso de gestação proveniente de violência sexual; a qualquer tempo quando houver risco à saúde da gestante ou diagnóstico de malformação congênita do feto incompatível com a vida.⁶³

Esse Pré-Projeto elaborado pela Comissão Tripartite foi incorporado ao Projeto de Lei 1.135/91 e apresentado para votação na Câmara dos deputados pela então deputada Jandira Feghali, tendo havido em dezembro de 2005, uma tentativa de votação fracassada.⁶⁴

⁶¹ Ibid., p. 80.

⁶² Ibid., p. 138-139.

⁶³ Ibid., p. 139-140.

⁶⁴ Ibid., p. 140.

Contrariado, segmento religioso decidiu lançar a “Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto”, responsável por organizar o “I Seminário Contra o Aborto que contou com a presença atuante da CNBB, teólogos, juristas e cientistas católicos, do qual ficou evidente a violação ao princípio constitucional de laicidade do estado, uma vez que se pretendia que os legisladores levassem em conta seus interesses morais e religiosos.⁶⁵

Dando continuação às ações ditas para a proteção da vida, em 2006, os setores religiosos lançaram a nível nacional a “Campanha Nacional pela Vida – Brasil sem Aborto”, gerando a implantação de comitês em 13 estados que tinham por objetivos estabelecer uma política com os candidatos comprometidos com a campanha e informar os eleitores acerca dos candidatos comprometidos com a vida e os que não eram⁶⁶.

Tal campanha acabou por eleger 33 deputados pelo país e uma senadora, além de impedir a eleição dos que eram favoráveis ao aumento dos permissivos legais, como ocorreu com o caso da candidata ao Senado Federal Jandira Feghali.⁶⁷

Portanto, o que se pode inferir é que apesar das conquistas dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos, em relação à legislação proibitiva do abortamento, nada se alterou, uma vez que a discussão a respeito dessa questão continua se pautando num “jogo de poder entre os diversos grupos políticos e sociais que atuam na sociedade e no Poder Legislativo”⁶⁸.

Enquanto os congressistas legislarem de acordo com sua moral e sua religião, nada se alterará no que diz respeito aos permissivos legais do aborto, e as mulheres continuarão sofrendo as sequelas dos abortos clandestinos e inseguros, sendo controladas através da sua sexualidade, seu corpo e sua reprodução.⁶⁹

⁶⁵ Ibid., p. 142.

⁶⁶ Ibid., p. 143.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid., p. 146.

⁶⁹ Ibid.

3. O PODER SIMBÓLICO DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Discorrido sobre a criminalização primária, ou seja, a tipificação do comportamento, a criminalização secundária preocupa-se com as penas impostas ao tipo penal.

3.1 O PERFIL DAS SELECIONADAS: A REALIDADE SOCIAL DAS MULHERES PROCESSADAS POR ABORTAMENTO

As leis punitivas não reduzem os abortos. Quando há uma gravidez indesejada, a solução é o aborto clandestino, com uma mera diferença de classe, em que as mulheres com recursos financeiros realizam abortos seguros, e as pobres submetem-se aos inseguros.⁷⁰

De forma simplificada, pode-se dizer que as selecionadas são mulheres jovens, negras/pardas, moradoras de periferias, com baixa escolaridade, desempregadas ou com trabalho pouco qualificado sem vínculo empregatício, legalmente solteiras, que já são mães de outros filhos, e se declaram católicas.⁷¹

A expressão “mulheres jovens” compreende a faixa etária entre 20 e 29 anos⁷², que corresponde à faixa etária de maior concentração de abortamentos, tendo percentuais que variam em torno de 51% a 82% do total de mulheres que realiza abortamento.⁷³

Com relação ao estado civil, cerca de 70% das mulheres que decidem realizar o abortamento encontram-se vivendo em união estável ou possui uma relação duradoura⁷⁴. Por união estável se entende ser a convivência “por um prazo que denote estabilidade e objetivo

⁷⁰ Ibid., p. 123.

⁷¹ Ibid., p. 162.

⁷² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. p. 16.

⁷³ Ibid., p. 17

⁷⁴ Ibid., p. 18

de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados”⁷⁵, exigindo, de acordo com o art. 1723 do CC, a “convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”⁷⁶.

No que tange à preexistência de filhos no momento da realização do abortamento, o que pode concluir é que o mesmo serve como método de planejamento familiar quando os métodos contraceptivos falham ou não utilizados, sendo que total de mulheres que se submetem ao procedimento, apenas entre 9,5% e 29,2% não possuem filhos⁷⁷.

No que diz respeito à religião, os estudos comprovam que a esmagadora maioria delas (entre 44,9% e 91,6%) se intitula como católica, sendo seguidas pelas espíritas (entre 4,5% e 19,2%) e pelas protestantes (entre 2,6% e 12,2%)⁷⁸, o que mostra que a própria reprovação por parte da Igreja Católica não mais faz sentido.

Assim sendo, como na realidade brasileira o abortamento já foi legalizado por estratificação econômica e social, o que se percebe é que o perfil das selecionadas pelo Sistema Penal será sempre o mesmo, que é o das vulneráveis ao próprio sistema.

3.2 ABORTOS QUE RESULTARAM EM PRISÃO EM FLAGRANTE: DOIS CASOS DE GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

3.2.1 J.A.C

J.A.C. é uma mulher de 28 anos de idade, negra, diarista, moradora do município de Mesquita, que vivia em união estável, já sendo mãe de 6 filhos. Realizou o aborto em 2003,

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 170.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 173.

⁷⁷ BRASIL, op. cit., 2009, p. 20.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 18.

sendo denunciada à polícia pela tia de seu companheiro, após dar entrada em um hospital por complicações da prática abortiva clandestina, tendo sido presa em flagrante.

Em seu depoimento, declarou que seu companheiro encontra-se desempregado e ela só realiza faxina uma vez por semana, sem vínculo empregatício e que sua família passava por dificuldades financeiras, sem condições de ter um 7º filho.

Por isso, ingeriu o remédio “Cytotec” para realizar o aborto em sua casa. Ela e seu companheiro, então, esconderam o feto expelido numa sacola dentro do banheiro e ele ligou para sua tia para que o ajudasse a levá-la ao hospital, uma vez que ela não passava bem.

Ao saber do motivo da hospitalização, aquela telefonou para o Disque-Denúncia. Ao chegar ao local, a polícia, com a busca, encontrou o feto numa sacola dentro do banheiro.

Ainda no hospital em recuperação, J.A.C. recebeu ordem de prisão em flagrante, sendo algemada a sua cama, com uma escolta policial na porta de seu quarto, que não permitia a entrada de ninguém, sendo isolada como uma criminosa de alta periculosidade.

Essa situação durou uma semana, quando teve alta, sendo diretamente encaminhada à carceragem feminina da delegacia de Mesquita, onde permaneceu por mais uma semana.

A acusada teve seu pedido de liberdade provisória, formulado pela ADVOCACI – Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, deferido pelo juízo criminal da 4ª vara de Nova Iguaçu. O processo ainda encontra-se em tramitação, aguardando a acusada em liberdade.⁷⁹

Pelo que foi narrado, percebe-se que J.A.C. se enquadra perfeitamente no perfil das selecionadas pelo Sistema Penal, já que é uma mulher jovem, negra, moradora da periferia do Rio de Janeiro, Mesquita, vive em união estável, mãe de seis filhos e da qual a família não possuía condições econômicas para receber um novo membro.

O caso em tela é emblemático pela flagrante violação do princípio da dignidade da pessoa humana, já que J.A.C. foi presa em flagrante, ficando por 1 semana algemada numa

⁷⁹ EMMERICK, op. cit. p. 169-170.

cama de hospital, período que deveria ser de tranquilidade e recuperação. E, tão logo saiu, foi encaminhada à carceragem de uma delegacia de polícia, mesmo ainda encontrando-se convalescente, onde permaneceu por mais 1 semana. Tudo isso por realizar uma conduta que visava resguardar a subsistência dos já membros dessa família e a dignidade do feto que, se nascesse, sofreria uma série de privações que atentam contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2.2 V.B.C

V.B.C. é uma mulher de 24 anos de idade, negra, atendente, mãe de um filho de 10 meses, moradora do bairro de Realengo, solteira. Realizou o aborto no ano de 2002 e foi denunciada à polícia pela médica que lhe atendeu no hospital, após dar entrada, por complicações da prática abortiva clandestina. Foi presa em flagrante, e posteriormente denunciada pelo Ministério Público.

Em seu depoimento, declarou que utilizou o medicamento “Cytotec”, e que em razão de fortes dores, dirigiu-se ao hospital Albert Schweitzer. Foi atendida pela Dra. V.M.B., que a colocou em uma cama, onde permaneceu por muito tempo sem atendimento médico.

Como sentia fortes dores, foi até o banheiro, onde expeliu o feto no vaso sanitário. A médica, em uma atitude precipitada e preconceituosa, rotulou a paciente de assassina, acionando, em seguida, a polícia de plantão no hospital.

V.B.C. foi presa em flagrante pelo crime de infanticídio, sendo algemada a sua cama. No dia seguinte, foi encaminhada ao presídio feminino, mesmo com hemorragia não tratada, local onde permaneceu por quase dois meses sem atendimento médico.

Foi formulado pedido de liberdade provisória pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que foi negado.

Dezenove dias após o fato, V.B.C. foi denunciada, pelo Ministério Público, pela prática de homicídio duplamente qualificado pelo emprego de meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima, sem que fossem ouvidas a acusada e outras testemunhas e sem o laudo de constatação da morte do feto expelido, o que atenta contra os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

A organização não governamental ADVOCACI – Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos –, procurou um escritório de advocacia que atuasse *pro bono*, para requer que o juiz reconsiderasse o indeferimento do pedido de liberdade provisória, assim como a desclassificação do crime de homicídio para infanticídio.

O Ministério Público pronunciou-se contra ambos os pedidos, pela manutenção da prisão cautelar para se resguardar a ordem pública, uma vez que houve grande comoção e repulsa no meio social, e para preservar a credibilidade da justiça. Também defendeu que o crime cometido era o de homicídio qualificado e não de infanticídio, não tendo a acusada agido sob o estado puerperal porque o dolo de matar seu filho teria se dado antes mesmo de estar acometida por este estado.

Ao decidir sobre o pedido, o juiz acolheu o parecer ministerial, afirmando que apenas concederia liberdade provisória caso a acusada apresentasse endereço fixo, o que foi prontamente. Assim, após 57 dias presa, foi posta em liberdade.

Em fevereiro de 2003, a acusada prestou depoimento em juízo e afirmou que o pai de seu filho, que também é o pai do primeiro, não havia tomado conhecimento da gravidez, uma vez que ele é casado e já não havia registrado o primeiro. Afirmou, ainda, que a sua renda mensal é de R\$450,00, sendo que utiliza R\$150,00 para o pagamento de aluguel, pois vive sozinha, uma vez que a sua família é do Maranhão, e leva seu filho de 10 meses para o trabalho com ela, porque não tem onde deixá-lo.⁸⁰

⁸⁰EMMERICK, op. cit., p. 170-175.

Pelo que foi narrado, pode-se perceber que V.B.C. se enquadra perfeitamente no perfil das selecionadas pelo Sistema Penal, por ser uma mulher jovem, negra, moradora da periferia do Rio de Janeiro, Realengo, solteira, já é mãe de um filho de 10 meses, e que a família não possui condições econômicas para receber um novo membro.

Assim sendo, como no caso acima, o aborto econômico seria indicado pelos mesmos motivos demonstrados.

O caso em tela é emblemático pela flagrante violação do princípio da dignidade da pessoa humana, já que V.B.C. foi presa em flagrante, ficando 57 dias em prisão cautelar sem o devido atendimento médico. Tudo isso por realizar uma conduta que visava resguardar a subsistência de sua família e a dignidade do feto que, se nascesse, sofreria uma série de privações que atentam contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

O parecer do Ministério Público dado na ocasião do pedido de reconsideração demonstra como o Judiciário brasileiro se pauta pelo conservadorismo extremo, ao se utilizar da premissa de uma suposta comoção e repulsa no meio social, apelando para a ordem pública, conceito totalmente indeterminado, para justificar a manutenção da prisão de V.B.C., não reconhecendo a acusada como um “sujeito de direitos, mas como um mero objeto sem capacidades de percepções morais, sociais e sentimentais”.⁸¹

Nas alegações finais, o Ministério Público requereu a desclassificação da conduta de homicídio para autoaborto, tendo em vista as provas e o laudo que comprovava a morte do feto, que havia nascido vivo, oferecendo também a suspensão condicional do processo.⁸²

Este caso é o mais emblemático para mostrar como o poder simbólico da criminalização do abortato age sobre as mulheres que são selecionadas pelo Sistema Penal.

⁸¹ EMMERICK, op. cit., p. 173.

⁸² Ibid., p. 178.

CONCLUSÃO

Diante do exposto nesse trabalho, é possível concluir que a seletividade age concretamente na sociedade, e dessa forma, o aborto se mostra plenamente adequado, porque a opção pela sua criminalização espelha a seletividade exercida pelas agências de criminalização primária, enquanto a investigação e a punição representam a ação das agências policial, comunicativa e judicial, ou seja, as agências de criminalização secundária.

Pelo que foi demonstrado, é possível assegurar que a tipificação do abortamento no Código Penal não representa empecilho a sua prática, que é largamente disseminada na sociedade. O único mérito da criminalização é a punição de determinado perfil de mulher, o que acaba por gerar uma descriminalização por estratificação social.

Assim sendo, tanto o Direito quanto o Sistema Penais devem intervir minimamente nas questões sociais, o que se realizaria com a descriminalização do aborto por estratificação social, o que já é, no momento, objeto de inúmeros projetos de lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 set. 2014.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 08 set. 2014.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acessado em: 08 set. 2014.

_____. Lei nº 9.099, de 26 set. de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

_____. Projeto de Lei nº 2.605, de 21 maio 1980. Disponível em: <<http://www.camara.gov>>.

br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205038. Acesso em: 09 set. 2014.

_____. Projeto de Lei nº 1.651, de 11 agosto 1983. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=194634>>. Acesso em: 09 set. 2014.

_____. Projeto de Lei nº 5.456, de 21 maio 1985. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras318136.htm>>. Acesso em: 09 set. 2014.

_____. Projeto de Lei nº 8.073, de 13 ago. 1986. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp;jsessionid=D34C6FFF6A25A269F99F07408B94C1D5.node1?idProposicao=504200&ord=1&tp=reduzida>. Acesso em: 09 set. 2014.

_____. Projeto de Lei nº 20, de fev. 1991. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14943>>. Acesso em: 09 set. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES apud BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Dos crimes contra a pessoa. v. 2. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal*. v. 2. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Comentários ao Código Penal: doutrina; casuística; conexões lógicas com os vários ramos do Direito*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.