

OS DIREITOS HUMANOS DA MULHER E A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL: UMA CRÍTICA À CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO
WOMAN'S HUMAN RIGHTS AND THE CRIMINAL LAW SYMBOLIC FUNCTION: A CRITICISM TO THE ABORTION CRIMINALIZATION

Thaís Guedes Alcoforado de Moraes¹
Marília Montenegro Pessoa de Mello²

Sumário: Considerações iniciais. 1 O crime de aborto em Pernambuco: denúncias ofertadas entre 2003 e 2013. 2 A magnitude do aborto e as consequências de sua criminalização para a vida e saúde das mulheres: um olhar sobre a função simbólica do Direito Penal. 2.1 Quem (e quantas) são as mulheres que abortam? 2.2 Aborto: fato social descriminalizado? 3 Ilegitimidade da criminalização do aborto: inadequação aos fins. Considerações finais. Referências.

Resumo: O aborto voluntário, salvo restritas hipóteses, é criminalizado no Brasil. Tal norma penal tem como função declarada a proteção da vida intrauterina do feto. Contudo, a criminalização não impede a realização de abortamentos clandestinos, frequentemente com prejuízos irreversíveis à vida e à saúde física e psíquica das mulheres. Este artigo explora a questão da criminalização do aborto, a partir da análise das denúncias ofertadas pelo Ministério Público de Pernambuco, entre 2003 e 2013, referentes aos artigos 124 e 126 do Código Penal. Ademais, com base nos postulados da Criminologia Crítica, explora as funções não declaradas da norma penal incriminadora, assim como o uso simbólico do Direito Penal na reprodução do estigma quanto à prática do aborto. Chega-se à conclusão que a criminalização do aborto é ilegítima, não apenas por ser inadequada para cumprir seu objetivo declarado de proteção à vida do feto, como por ameaçar outros direitos que não são explicitamente contemplados pela norma penal, como é o caso dos direitos humanos da mulher à vida e à saúde.

Palavras-chave: Aborto. Criminalização. Função simbólica do Direito Penal.

Abstract: The voluntary abortion is criminalized in Brazil, with a few legal exceptions. This criminal norm has declared the foetus' life protection inside the uterus. However, the criminalization does not deter the realization of clandestine abortions, which frequently cause irreversible harm to the women's lives and physical and mental health. So, this paper explores the issue of abortion criminalization, through the analysis of the accusations offered by Pernambuco State's Prosecutor Office, in the period between 2003 and 2013,

¹Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Ex-bolsista de Iniciação Científica PIBIC/UFPE. E-mail: thais.alcoforado@gmail.com.

²Marília Montenegro Pessoa de Mello. Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenadora do Curso de Direito e professora do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Professora da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. E-mail: marilia_montenegro@yahoo.com.br.

related to the articles 124 and 126 of the Brazilian Criminal Code. Furthermore, based on the fundamentals of Critical Criminology, it explores the undeclared objectives of the criminal norm, as well as the symbolic use of Criminal Law in order to reproduce the stigma related to abortion. Then, it is concluded that the abortion criminalization is illegitimate, not only because it is inadequate in achieving its declared objective of protecting the foetus' life, but also because it threatens other rights, which are not explicitly addressed by the criminal norm, such as the woman's human rights to life and to health.

Keywords: Abortion. Criminalization. Criminal Law's symbolic function.

Considerações iniciais

O Código Penal Brasileiro considera crime o aborto provocado, como consta dos arts. 124 a 127 deste diploma legal. Além do caso de anencefalia fetal, julgado em 2012 pelo Supremo Tribunal Federal, há apenas duas hipóteses, dispostas no art. 128, em que se admite a realização do abortamento: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário); II – aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

No Brasil, assim como em diversos países do mundo, o abortamento representa um grave problema de saúde pública, justiça social e direitos humanos. A criminalização do aborto reforça o estigma social e religioso a que as mulheres estão sujeitas, criando um ambiente marcado pela violência simbólica de gênero.³

O alto índice de mortalidade materna no Brasil está inegavelmente vinculado à criminalização do aborto. No contexto de clandestinidade do abortamento, as mulheres submetem-se a condições precárias e inseguras para a realização do procedimento. De acordo com o Ministério da Saúde, o aborto é a quarta causa de mortes maternas no Brasil, devido a hemorragias e infecções.⁴

Nesse contexto, o aborto oscila entre crime e direito humano da mulher. Enquanto o Código Penal brasileiro criminaliza a conduta, exceto em dois casos específicos, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, albergado pela vigente Constituição Federal, consagra o princípio de que o aborto deve ser assumido pelos Estados como uma questão de saúde pública.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo geral oferecer fundamentação teórica para a consideração do aborto no contexto dos direitos humanos, afastando-o do âmbito da política criminal, com vistas à realização da saúde sexual e reprodutiva das mulheres.

Quanto à metodologia, primeiramente, proceder-se-á a um levantamento de informações. Serão coletados dados a partir de: a) revisão bibliográfica da literatura jurídica, sociológica, criminológica e de saúde pública no tocante à criminalização do aborto; b) pesquisa documental, especificamente de denúncias relativas ao crime de aborto ofertadas pelo Ministério Público de Pernambuco entre 2003 e 2013. Em seguida, as informações coletadas serão sistematizadas com base nos marcos teóricos da Criminologia Crítica. Finalmente, tais informações serão analisadas a partir de reflexões próprias da autora.

1 O crime de aborto em Pernambuco: denúncias ofertadas entre 2003 e 2013

³ FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. **O Drama do Aborto**: em busca de um consenso. Campinas: Komed, 2004. p. 61-62.

⁴Brasil. Ministério da Saúde. **Relatório de Gestão**. Secretaria de Atenção à Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. 2003-2006. Brasília, 2007. p. 33.

Em consulta ao sistema informatizado e posterior busca no arquivo da Central de Inquéritos do Ministério Público de Pernambuco, na data de 03 de maio de 2013, foram encontradas seis denúncias e uma promoção de arquivamento quanto ao crime de aborto, nos últimos dez anos (entre 2003 e 2013).

A promoção de arquivamento data de 21 de setembro de 2011. O Ministério Público de Pernambuco requereu o arquivamento por falta de provas materiais quanto à tentativa de aborto por terceiro (art. 125 c/c art. 14 do Código Penal), uma vez que é jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ser insuficiente para a comprovação de tal crime somente o testemunho dos familiares da suposta vítima.

Quanto às seis denúncias por aborto, tem-se que duas delas tampouco interessam ao principal objeto desta pesquisa, pois dizem respeito ao art. 125 do Código Penal, que corresponde ao crime de aborto sem o consentimento da gestante. Ambas as denúncias referem-se ao crime de aborto praticado como consequência de outros crimes, como homicídio e lesão corporal, e não como decorrência de uma gravidez indesejada. Passa-se, pois, à análise das quatro denúncias remanescentes, que abordam o real objeto desta pesquisa, consistente no crime de autoaborto (art. 124) e no aborto com o consentimento da gestante (art. 126).

A primeira delas, de 18 de novembro de 2008, denuncia M.J.V.S., solteira, babá, natural de Bom Jardim – PE, com 24 anos de idade à época dos fatos, residente em Recife – PE, pela prática de aborto, mediante o uso do medicamento CITOTEC, que deu causa à morte de um feto do sexo masculino, de aproximadamente cinco meses, o qual teve que ser retirado mediante curetagem.

A gestação foi fruto de um relacionamento amoroso que terminou antes de M.J.V.S. saber que estava grávida. Ao perceber o atraso menstrual, a denunciada informou-se com suas amigas, chegando a um Box no Mercado da Encruzilhada, no qual adquiriu a droga abortífera por R\$ 130,00 (cento e trinta reais). Em sede policial, a acusada confessou o crime e declarou estar arrependida, pois não sabia que estava no quinto mês de gestação. Do total de quatro denúncias, esta foi a única em que constou a proposta de suspensão condicional do processo por parte da Promotoria.

A segunda denúncia, que data de 21 de setembro de 2010, aponta como autora do crime de autoaborto C.M.O., brasileira, solteira, auxiliar de cabeleireiro, natural de Recife – PE, com 44 anos de idade à época dos fatos. Relata a inicial acusatória que no dia 01 de setembro, a denunciada compareceu à maternidade Barros Lima, localizada na Av. Norte, Casa Amarela, Recife, onde se queixou de cólicas abdominais, sendo então atendida de imediato por um dos médicos plantonistas, o qual solicitou que ela aguardasse na antessala, para que ele atendesse outra paciente em estado mais grave.

Enquanto aguardava atendimento médico, a denunciada comentou com funcionários do hospital que havia ingerido voluntariamente o medicamento CITOTEC, com o objetivo de abortar o feto em gestação. Após alguns minutos, a denunciada dirigiu-se ao banheiro da maternidade e expeliu no vaso sanitário um feto de 24 semanas (seis meses). Consta ainda da denúncia a razão pela

qual a gravidez era indesejada: C.M.O. haveria engravidado de L.C.M., casado com outra mulher, sendo a gestação fruto de relação extraconjugal. Por isso, ao saber da gravidez, C.M.O. afirmou ao seu companheiro tratar-se de um “atraso”.

A terceira denúncia, de 04 de novembro de 2010, imputa o crime de autoaborto a M.M.R., natural de Jaboatão dos Guararapes – PE, com 23 anos à época dos fatos, solteira, residente em San Martin, Recife – PE. Narra a inicial acusatória que no dia 19 de fevereiro de 2008 populares encontraram uma sacola plástica com um feto de aproximadamente 12 (doze) semanas, proveniente do aborto praticado por M.M.R. A denunciada informou haver ingerido o medicamento CITOTEC, com a finalidade de provocar o aborto. Após uma hora de ingerir o remédio, passou a sentir cólicas fortes, que se prolongaram por toda a noite e madrugada, tendo o aborto se consumado ao amanhecer do dia 19 de fevereiro de 2008.

Logo após o aborto, a sua genitora chegou em casa e, para que não desconfiasse de nada, M.M.R. envolveu o feto morto em um lençol, colocou-o em um saco plástico e o pôs na frente da sua casa, como se fosse lixo, dirigindo-se em seguida à Maternidade Bandeira Filho para se tratar. A denunciada informou ainda que comprou o medicamento abortivo a C., dono de uma farmácia, pelo valor de R\$ 100,00 (cem reais). Consta dos autos que M.M.R. era profissional do sexo e, segundo depoimentos testemunhais, o motivo que a teria levado à prática do aborto seria o não conhecimento da paternidade. A paciente fora internada na Maternidade Bandeira Filho, às 07h53 do dia 19 de fevereiro de 2008. Porém, às 13h desse mesmo dia, evadiu-se da maternidade antes de realizar a curetagem uterina.

A quarta denúncia, 18 de janeiro de 2012, refere-se a três acusados: W.C.B., vendedor, natural de Recife – PE, com 25 anos à data dos fatos, domiciliado no Alto Santa Isabel, Recife – PE; D.P.R.F., profissão não identificada, natural de Recife – PE, 23 anos à época dos fatos, domiciliada no Alto Santa Isabel e companheira de W.C.B.; e N.S.A., casada, enfermeira, nascida em 1945, domiciliada em Peixinhos, Olinda – PE. Narra a denúncia que, no dia 29 de outubro de 2011, W.C.B. ocultou, no banheiro masculino do Shopping Tacaruna, Recife, o feto expelido por D.P.R.F., sua companheira, resultado de um aborto provocado com o consentimento da gestante por N.S.A., enfermeira.

No dia 10 de outubro de 2011, D.P.R.F. declarou ao seu companheiro, W.C.B., que estava gestante, dizendo-lhe que sabia da existência de uma pessoa que provocava abortos, N.S.A. Após tomar conhecimento das circunstâncias, W.C.B. aceitou acompanhá-la até a referida pessoa. Em data próxima ao dia 10 de outubro de 2011, N.S.A. introduziu em D.P.R.F. substância abortiva, mediante o pagamento de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais). W.C.B. acompanhou a sua companheira em todos os momentos ao longo da concretização de seu intento abortivo. Após 15 dias da ida ao local para a prática do aborto, D.P.R.F. sentiu fortes contrações, entrando em trabalho de parto na madrugada do dia 29 de outubro de 2011. Seu companheiro, W.C.B., ao chegar em casa do trabalho, deparou-se com sua companheira expulsando o feto, tendo ajudado-a nos momentos finais da expulsão. Assim, foram denunciados pela prática do crime descrito no art. 124 D.P.R.F., como autora, e W.C.B. como partícipe, e no art. 126 N.S.A.

A partir do exposto, algumas observações fazem-se pertinentes, as quais serão apenas pontuadas neste tópico, a fim de que sejam exploradas em maior profundidade ao longo deste trabalho.

Em primeiro lugar, percebe-se claramente que o número de denúncias oferecidas quanto ao crime de aborto é extremamente escasso em termos absolutos – tão somente quatro denúncias ao longo da última década em todo o Estado de Pernambuco –, e principalmente em termos relativos, tendo-se em vista o grande número de abortos praticados na clandestinidade cotidianamente, conforme será demonstrado mais adiante neste trabalho.

Saliente-se, por oportuno, que, embora necessariamente existam variações entre os Estados brasileiros quanto ao número de denúncias, o caso de Pernambuco confirma uma hipótese que já se observa na prática cotidiana de todo o país: a de que muitas mulheres abortam, enquanto poucas chegam a ser denunciadas. Assim, os resultados desta pesquisa relativos a Pernambuco podem ser tidos como um fenômeno comum a todo o Brasil.

Em segundo lugar, embora o número de denúncias seja insuficiente para traçar-se um perfil demográfico das mulheres que são incriminadas pela prática do aborto, não se pode deixar de perceber características comuns às denunciadas acima referidas: todas elas residem em áreas economicamente vulneráveis, seja em bairros periféricos da Região Metropolitana do Recife (Cavaleiro, em Jaboatão dos Guararapes; Alto Santa Isabel e San Martín, em Recife) ou na área rural (Vicência – PE).

Ademais, têm pouco poder aquisitivo, exercendo profissões informais ou mal remuneradas, como babá e auxiliar de cabeleireiro. Uma delas tem profissão não declinada, sendo possivelmente desempregada. Outra das denunciadas é profissional do sexo, detalhe que merece atenção por influenciar na motivação para a realização do aborto (o não conhecimento da paternidade), e por indicar uma posição possivelmente mais vulnerável à desigualdade de gênero e à violência simbólica e institucional sexista. Três delas são jovens (entre 23 e 25 anos), sendo que apenas uma das denunciadas tem idade mais avançada (44 anos). Ademais, vê-se que o estado civil de solteira é determinante na opção pela realização do abortamento.

A partir dessas breves análises, que sugerem um uso predominantemente simbólico do Direito Penal quanto ao crime de aborto, desenvolver-se-á, no presente trabalho, a hipótese, segundo a qual:

O aborto já foi legalizado no Brasil por estratificação econômica e social, pois quando se fala de criminalização por tal prática no país, está-se referindo à penalização de algumas mulheres, pobres, desprovidas de todos os serviços de educação, saúde, assistência social, em uma flagrante violação do princípio da justiça social, dos princípios do Estado democrático de direito e dos direitos humanos.⁵

Saliente-se, finalmente, que nem todas as denúncias ofertadas pelo Ministério Público são necessariamente recebidas pelo juízo, dando início a uma ação penal. Ademais, nem todas as ações penais culminam em uma sentença condenatória. Assim, é provável que os processos criminais relativos ao aborto voluntário nos últimos dez anos em Pernambuco sejam ainda mais escassos que o número de denúncias oferecidas, sendo, inclusive, possível que se revele nula a quantidade de sentenças penais condenatórias.

⁵ EMMERICK, Rulian. **Corpo e Poder: Um Olhar Sobre o Aborto à Luz dos Direitos Humanos e da Democracia**. Dissertação de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Certificação Digital: 0510786-CA. Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007, p. 170.

2 Entre a descriminalização de fato e a criminalização de direito: um olhar sobre a função simbólica do Direito Penal

O Direito Penal é, por excelência, a seara jurídica da pena, do castigo. Os sistemas jurídico-penais desenvolvem-se a partir de uma maior ou menor extensão da criminalização de condutas. Para a modificação da legislação penal, há dois principais mecanismos disponíveis: o da legalização e o da descriminalização. Estes institutos são usados pelo Estado, por meio da política criminal, a fim de prevenir e reprimir a criminalidade, configurando-se, neste sentido, como política de transformação social e institucional.⁶ Garland afirma:

O castigo atua como um mecanismo de regulação social de duas formas distintas: regula o comportamento de forma direta ao estabelecer os cursos de ação social, mas também regula o significado, o pensamento, a atitude e com isto o comportamento através do significado.⁷

Da perspectiva da Criminologia Crítica, a função simbólica da pena e a punição de certos comportamentos – e não de outros – serviriam de cobertura ideológica para os mecanismos de controle social duro sobre as “classes perigosas”,⁸ categoria em que podem ser incluídas as mulheres.

Esta discussão diz respeito às funções declaradas e não declaradas do Direito Penal e, consequentemente, à sua função simbólica. Seria o Direito Penal, que em um Estado Democrático de Direito deve ser tido como ultima ratio, um instrumento apropriado para coibir a prática de abortos e, assim, proteger o direito à vida potencial do feto?

Nesse sentido, Ângela Simões de Farias aponta para o caráter simbólico da criação de determinados tipos penais, no intuito imediatista de aplacar algum clamor social ou de contentar setores específicos da sociedade. Alerta a autora que o Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, deve resguardar os valores clássicos de proteção, mesmo diante de quaisquer pressões. Apresenta, ademais, as seguintes considerações:

Nas primeiras fases de desenvolvimento, a proteção da vida pré-natal, não se pode desconhecer, tem se revelado totalmente ineficaz, confrontada com a vontade da grávida. Quando se mantém de modo quase simbólico a proibição de condutas percebidas socialmente como legítimas, termina-se por fazer uma perseguição penal ocasional e arbitrária, em prejuízo dos poucos cidadãos que foram apanhados.⁹

Assim, não obstante a criminalização do aborto no ordenamento brasileiro, há dados que indicam a ampla difusão de tal prática no país. A realização do aborto em um contexto de clandestinidade conduz à adoção de métodos inseguros, que põem em risco a saúde e até a vida da gestante.

Dessa forma, o que se observa é que a descriminalização fática já é uma realidade, ao passo que a criminalização de direito – ou ainda a criminalização primária – persiste, encontrando grande

⁶ FARIAS, Ângela Simões de. **A Questão do Aborto no Brasil: Uma Abordagem à Luz do Direito Penal Contemporâneo**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011. p. 287.

⁷ Do original: “El castigo actúa como un mecanismo de regulación social de dos formas distintas: regula el comportamiento de forma directa al establecer los cursos de acción social, pero también regula el significado, el pensamiento, la actitud y con ello el comportamiento a través del significado.” GARLAND, D. **Punishment and Modern Society**. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 252.

⁸ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 89-90.

⁹ FARIAS, Ângela Simões de. **A Questão do Aborto no Brasil: Uma Abordagem à Luz do Direito Penal Contemporâneo**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011. p. 287.

resistência política em ser abolida. O resultado disso, ao contrário do que declaradamente se pretende com a criminalização, não é a “proteção da vida”, mas sim a violação dos direitos à vida, à saúde, à igualdade de gênero, à autonomia reprodutiva e à não discriminação das mulheres.

2.1 Quem (e quantas) são as mulheres que abortam?

No Brasil, as estimativas mais recentes indicam um número entre 728.100 e 1.039.000 abortos a cada ano. Apesar do decréscimo neste número na última década, a taxa atual de 3,7 abortos por 100 mulheres em idade reprodutiva ainda representa uma das mais altas do mundo.¹⁰

A análise dos dados sobre a magnitude do aborto no Brasil deve ser feita com observância à legislação criminal restritiva de tal prática, o que traz diversos óbices à realização de pesquisas mais exatas. Como bem salienta Diniz:

Foi nesse contexto paradoxal de contraste entre a lei penal e as necessidades de saúde das mulheres que grande parte dos estudos sobre a magnitude do aborto foi conduzida no Brasil nas últimas décadas para subsidiar as políticas de saúde reprodutiva.¹¹

As estimativas de magnitude do aborto divergem de acordo com as técnicas e fontes utilizadas. Até 2010, as pesquisas nacionais sobre o aborto eram realizadas a partir de métodos indiretos. A Pesquisa Nacional do Aborto, por sua vez, foi realizada empregando a técnica de urna, com o preenchimento de questionários anônimos, com o objetivo de averiguar não o número de abortos, mas sim o número de mulheres que já realizaram abortos ao longo de sua vida reprodutiva, e chegou à seguinte conclusão: 15% das mulheres entrevistadas relataram ter realizado um aborto uma vez na vida.

O número de abortos é seguramente superior ao número de mulheres que realizaram a pesquisa, mas este método não permite vislumbrar tal quantidade. Ademais, o número de abortos no país seria maior do que o indicado neste estudo se as áreas rurais e a população analfabeta fossem também contabilizadas.¹²

Outro dado relevante da mesma pesquisa é que cerca de metade das mulheres que realizaram o aborto recorreram ao sistema de saúde, por complicações decorrentes da prática abortiva, o que corresponde a 8% das mulheres entrevistadas. De acordo com Diniz: “Boa parte dessa internação poderia ter sido evitada se o aborto não fosse tratado como atividade clandestina e o acesso aos medicamentos seguros para aborto fosse garantido”.¹³

2.2 Aborto: fato social descriminalizado?

Em diversos países, o aborto é uma conduta que não interessa ao Direito Penal, configurando, assim, uma *abolitio criminis*. No Brasil, o aborto continua pertencendo ao âmbito do Direito Criminal, ainda que em episódios cada vez mais isolados. Em outras palavras, percebe-se que, diante da persistência

¹⁰ Brasil. Ministério da Saúde. **A Magnitude do Aborto no Brasil: Aspectos Epidemiológicos e Sócio-Culturais.** Abortamento Previsto em Lei em Situações de Violência Sexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. p. 8-9.

¹¹ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma Pesquisa Domiciliar com Técnica de Urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 de maio de 2013.

¹² DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma Pesquisa Domiciliar com Técnica de Urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 de maio de 2013.

¹³ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma Pesquisa Domiciliar com Técnica de Urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 de maio de 2013.

da criminalização primária do aborto, entendida como a sua categorização pela legislação penal como uma conduta punível, a criminalização secundária também persiste, sendo esta a seleção dos comportamentos que serão absorvidos pelo sistema de justiça criminal. Nas palavras de Zaffaroni, seria a criminalização secundária definida como:

A ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontecem quando as agências policiais detectam uma pessoa que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo.¹⁴

Já a criminalização terciária, definida como a entronização do indivíduo penalizado no sistema prisional, não parece ser significativa no caso do aborto. Marcus Vinícius Amorim de Oliveira explica que a ascensão do autodeterminismo da mulher junto à argumentação de que o direito à vida não tem caráter absoluto, tem ocasionado uma tendência de “enfraquecimento dessa capacidade de aderência da prática do aborto ao sistema punitivo, a ponto de se observar um afrouxamento da intervenção do sistema de justiça criminal”.¹⁵

Há dois elementos básicos que indicam o processo de descriminalização de uma conduta, e que são visíveis no caso do aborto. O primeiro deles é a maior aceitação desta prática pela sociedade civil, enquanto o segundo corresponde à inoperância do sistema de justiça criminal na sua repressão.¹⁶ Por conseguinte, de Oliveira afirma que o aborto é um fato social objeto de descriminalização. Afinal, tornam-se cada vez mais raras a transmissão de informações da prática desses atos às agências policiais ou ao Ministério Público (notícia-crime), assim como a instauração de procedimentos investigatórios destinados à efetiva judicialização dos fatos (instauração do processo criminal).¹⁷

3 Ilegitimidade da criminalização do aborto: inadequação aos fins

Conforme salienta Helena Regina Lobo da Costa, é de se questionar a idoneidade da criminalização do aborto para atingir o seu fim manifesto: a proteção do bem jurídico da vida intrauterina. De acordo com a autora, a decisão entre criminalizar ou não uma conduta deve ser orientada pelo critério da dignidade penal, a qual é definida por dois elementos: a justiça e a adequação aos fins.¹⁸

Tais elementos convivem em constante tensão, representando um mútuo limite, no sentido de que, em um Estado Democrático de Direito, é inadmissível a criminalização adequada a seu fim, mas injusta, bem como a criminalização considerada justa, porém inadequada ao seu fim.

Em outras palavras, considerando-se que tanto o conceito de justiça como de adequação não são fixos, mas sim construídos social e historicamente, tem-se que a criminalização precisa observar a ambos estes elementos para revelar-se legítima. Afinal, a pena considerada justa, porém ineficiente, corrói a confiança no Direito Penal, além de reforçar padrões de desigualdade, na medida em que acentua a seletividade do sistema de justiça criminal. Conclui-se, pois, que os dois elementos estão irremediavelmente entrelaçados, uma vez que a violação do princípio da igualdade, desencadeada a partir da ineficiência da incriminação, termina por perverter o segundo elemento: a justiça de tal incriminação.¹⁹

A compreensão desses dois elementos, assim como de sua inevitável correlação, é de fundamental relevância para o debate sobre a criminalização do aborto. De acordo com Helena Regina Lobo da Costa, a histórica discussão sobre o critério de justiça quanto ao aborto não parece estar próxima de uma solução, diante do conflito entre o direito à vida do embrião e o direito da mulher à autodeterminação, à saúde e, em muitos casos, à vida. Portanto, a autora sugere que seria mais profícuo

¹⁴ ZAFFARONI *et al.* (2003, p. 43) *In*: OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O Júri Popular e o Aborto na Prática Judicial Brasileira. *In*: ARILHA *et al.* **Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciário Brasileiro**. São Paulo, 2010. p. 89.

¹⁵ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O Júri Popular e o Aborto na Prática Judicial Brasileira. *In*: ARILHA *et al.* **Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciário Brasileiro**. São Paulo, p. 89-90, 2010.

¹⁶ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O Júri Popular e o Aborto na Prática Judicial Brasileira. *In*: ARILHA *et al.* **Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciário Brasileiro**. São Paulo, 2010. p. 90.

¹⁷ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O Júri Popular e o Aborto na Prática Judicial Brasileira. *In*: ARILHA *et al.* **Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciário Brasileiro**. São Paulo, 2010. p. 89-90.

¹⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. Criminalização do Aborto e Dignidade Penal: Uma Abordagem à Luz do Critério da Adequação dos Fins. *In*: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (coords.). **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 207.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. Vorbemerkung vor 1. *In*: ALBRECHT, Hans Jörg *et al.* **Kommentar zum Strafgesetzbuch**. Neuwied: Luchterhand, 1990.

deslocar a discussão para o âmbito da adequação aos fins, ainda que sem olvidar o necessário entrelaçamento entre este aspecto e o critério de justiça.²⁰

O questionamento sobre a adequação aos fins é fruto de um processo de abertura do Direito Penal à realidade, pois ao indagar sobre as consequências sociais da criminalização de uma determinada conduta, torna-se possível “transformar não só postulados sociopolíticos, mas também dados empíricos, e especialmente criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica”.²¹

Saliente-se, ademais, que a verificação da adequação aos fins não se restringe ao exame do fim de proteção ao bem jurídico imediatamente tutelado pela norma penal, senão que abrange também o questionamento sobre possíveis efeitos colaterais da criminalização em relação a outros bens jurídicos. Portanto, para a análise relativa à adequação aos fins da incriminação do aborto, é preciso, primeiramente, indagar sobre a eficiência de tal incriminação quanto a seu fim manifesto (a tutela penal da vida intrauterina) e, em um segundo momento, a análise dos efeitos colaterais de tal criminalização no tocante a outros bens jurídicos. Como bem afirma Ângela Simões de Farias:

De fato, a criminalização do aborto é uma prática que não surte efeito, nem de prevenção geral, nem especial, confirmação essa apontada pela Conferência Sobre a Mulher de 1995, em Beijing, e pelo Conselho de Europa, sugerindo-se novos instrumentos jurídicos para atacar o problema para a proteção de diferentes bens em conflito, podendo-se destacar a ajuda estatal à mulher grávida.²²

No mesmo sentido, salientando a inadequação da norma penal incriminadora para impedir ou, ao menos, reduzir a realização de abortos, acrescenta Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Para aquelas mulheres que tomam a difícil decisão de abortar, não há ameaça criminal capaz de impedi-las. Quando se aceita interromper a gestação do próprio filho, é sinal de que fatores econômicos e sociais se impuseram e preponderaram em relação a este instinto natural – e a ameaça abstrata de uma sanção criminal passa a ser menor do que a perspectiva de pena concreta em que se transformará a maternidade.²³

Aponta, pois, a autora para a falência da função manifesta da prevenção geral quanto ao crime de aborto. É dizer, o fim educativo que se pretende atingir com a norma penal não apresenta os resultados desejados, sendo o Direito Penal um instrumento ineficaz para a redução do número de abortos. Ademais, trata-se de conduta realizada no âmbito privado, muitas vezes não sendo conhecida nem pelas pessoas mais próximas à mulher, sendo raros os casos que chegam ao conhecimento do sistema de justiça criminal.

É possível que esse fato seja devido a que, conforme argumenta Ventura, não existe uma real pressão social contra a prática do aborto. Para a maioria das pessoas, este é um assunto concernente à vida privada e poucas pessoas efetivamente tomariam uma atitude no sentido de denunciar a prática do aborto por alguém conhecido às autoridades policiais.²⁴

É o que resta claro na campanha de conscientização pela descriminalização do aborto realizada pela ONG feminista Ipas-Brasil, denominada “Vai pensando aí”. A campanha consistia em um vídeo, em que eram compiladas diversas entrevistas realizadas nas ruas aos transeuntes. À pergunta “Você é contra ou a favor do aborto?”, todos respondiam ser contra; ao passo que à pergunta seguinte (“Você conhece alguém que já abortou?”), a maioria afirmava que sim. Já à última pergunta (“Você acha que esta pessoa deveria ser presa?”), seguia-se um longo silêncio, o que elucida muitas das contradições existentes no debate público sobre o aborto.

²⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. Criminalização do Aborto e Dignidade Penal: Uma Abordagem à Luz do Critério da Adequação dos Fins. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (coords.). **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 218.

²¹ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: vol. 9, n. 35, 2001. p. 14.

²² FARIAS, Ângela Simões de. **A Questão do Aborto no Brasil**: Uma Abordagem à Luz do Direito Penal Contemporâneo. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011. p. 289.

²³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Descriminalizar é Salvar Vidas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, vol. 13, n. 151, 2005. p. 19.

²⁴ VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. São Paulo: MacArthur Foundation, 2002, p. 106-107.

Dessa forma, além de não atingir o fim primordial a que se propõe (proteção da vida intrauterina), a criminalização do aborto tem impactos em outros bens jurídicos de igual ou superior relevância para o ordenamento constitucional brasileiro.

Os bens jurídicos violados vão desde a liberdade e autodeterminação feminina, quanto à saúde e à vida das mulheres. Afinal, os abortos realizados clandestinamente causam mortes e problemas de saúde tanto físicos como psicológicos, tais como a infertilidade, a histerectomia (retirada do útero) e a depressão. De acordo com Torres:

Em face de seu [do Direito Penal] caráter repressivo, exclui, estigmatiza e impede que as mulheres tenham o necessário acolhimento do Estado no que diz respeito ao exercício material do seu direito à plena assistência sanitária.²⁵

Muitas dessas consequências poderiam ser evitadas caso o aborto fosse realizado em condições de higiene, gratuidade, privacidade e segurança pelo sistema público de saúde, o que requer necessariamente a descriminalização da conduta.

Como já mencionado, a incriminação do aborto o oculta enquanto causa específica de morte relacionada à gravidez, frequentemente disfarçada entre as causas relacionadas a infecções ou hemorragias, ou ainda entre óbitos por causas tidas como mal definidas.

Considerações finais

A análise das denúncias ofertadas entre 2003 e 2013 pelo Ministério Público de Pernambuco quanto aos crimes descritos nos artigos 124 e 126 do Código Penal permite concluir que o volume de casos de abortamento que efetivamente chegam ao sistema penal é desproporcional em relação à elevada quantidade de abortos realizados na clandestinidade, situação esta que provavelmente reflete uma realidade comum a todo o país.

Ao contrário do que se pode imaginar, essa desproporção não é resultado de fiscalização insuficiente ou de faltas sanáveis do sistema de justiça criminal, mas sim de um traço característico e definidor do Direito Penal: a sua seletividade. A seletividade não resta manifesta apenas no momento de se criminalizar uma conduta em detrimento de outra, mas também no momento de escolher quem, dentre as pessoas que praticaram aquele delito, deve ser punido/a. Os critérios para tal seleção frequentemente são discriminatórios, como no caso do aborto, em que as selecionadas são as mulheres, especialmente as mais marginalizadas socioeconomicamente.

A incriminação do aborto revela-se, pois, inapta a tutelar o bem jurídico vida do feto, além de gerar efeitos de injustificável gravidade a outros bens jurídicos constitucional e internacionalmente albergados, como o direito humano da mulher à vida e à saúde. A partir de um juízo de proporcionalidade, a criminalização do aborto traz mais danos do que benefícios – se é que algum benefício dela advém. O tipo penal não preenche o critério de adequação aos fins, o que conduz à sua ilegitimidade. A descriminalização deste tipo seria, portanto, a estratégia mais coerente com o conjunto dos valores insculpidos na Constituição Federal de 1988.

A reflexão sobre a proteção de um bem jurídico precisa ser conduzida a partir da complexidade dos severos impactos, simbólicos ou não, da criminalização de determinada conduta. Insistir no Direito Penal, que deveria ser um último recurso, como solução imediatista de problemas estruturais, além de inútil, revela-se socialmente injusto. Contudo, apesar de seus efeitos perversos, a criminalização do aborto se mantém, dada a sua utilidade simbólica no controle sobre a autonomia sexual e reprodutiva das mulheres e consequente manutenção do *status quo*. Assim, para a emancipação feminina e a efetivação dos direitos humanos das mulheres, a descriminalização do aborto apresenta-se como a alternativa mais eficaz e coerente com o ordenamento jurídico brasileiro, assim como com as tendências internacionais de avanços das pautas feministas.

Referências

²⁵ TORRES, José Henrique Rodrigues. A Inconstitucionalidade da Criminalização Primária do Aborto. In: PIERANGELI, José Henrique; SILVEIRA, Solange (coords.). **Direito Penal e Processo Penal**: Estudos em homenagem ao Prof. Cláudio Tovo. Porto Alegre: Sapiens, 2010. p.111.

- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- Brasil. Ministério da Saúde. **A Magnitude do Aborto no Brasil: Aspectos Epidemiológicos e Sócio-Culturais**. Abortamento Previsto em Lei em Situações de Violência Sexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Criminalização do Aborto e Dignidade Penal: Uma Abordagem à Luz do Critério da Adequação dos Fins. *In*: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (coords). **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma Pesquisa Domiciliar com Técnica de Urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 de maio de 2013.
- EMMERICK, Rulian. **Corpo e Poder: Um Olhar Sobre o Aborto à Luz dos Direitos Humanos e da Democracia**. Dissertação de Mestrado na Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro. Certificação Digital: 0510786-CA. Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007.
- FARIAS, Ângela Simões de. **A Questão do Aborto no Brasil: Uma Abordagem à Luz do Direito Penal Contemporâneo**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011.
- FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. **O Drama do Aborto: em Busca de um Consenso**. Campinas: Komedi, 2004.
- GARLAND, D. **Punishment and Modern Society**. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Descriminalizar é Salvar Vidas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, vol. 13, n. 151, 2005.
- HASSEMER, Winfried. Vorbemerkung vor 1. *In*: ALBRECHT, Hans Jörg *et al.* **Kommentar zum Strafgesetzbuch**. Neuwid: Luchterhand, 1990.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O Júri Popular e o Aborto na Prática Judicial Brasileira. *In*: ARILHA *et al.* **Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciário Brasileiro**. São Paulo, 2010.
- ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: vol. 9, n. 35, 2001.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. A Inconstitucionalidade da Criminalização Primária do Aborto. *In*: PIERANGELI, José Henrique; SILVEIRA, Solange (coords). **Direito Penal e Processo Penal: Estudos em homenagem ao Prof. Cláudio Tovo**. Porto Alegre: Sapiens, 2010.
- VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. São Paulo: MacArthur Foundation, 2002.
- ZAFFARONI *et al.* (2003, p. 43) *In*: OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O Júri Popular e o Aborto na Prática Judicial Brasileira. *In*: ARILHA *et al.* **Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciário Brasileiro**. São Paulo, 2010.

Recebido em 04 de setembro de 2013

Aceito em 18 de outubro de 2013