

1 Introdução

Este trabalho tem sua gênese na minha inquietação diante da desigualdade e da exclusão social e da precária ou inexistente garantia da cidadania e dos direitos humanos aos seguimentos historicamente marginalizados e excluídos no Brasil, dentre eles, os negros, as mulheres e as minorias sexuais.

É bem provável que esta inquietação tenha se originado da minha história de vida pessoal. Menino pobre, morador da zona rural de uma cidade do interior do Estado do Rio de Janeiro, filhos de agricultores que, desde cedo conheceu e conviveu com as dificuldades e as mazelas sociais daqueles que moram distante de tudo: informação, educação, saúde, assistência social, etc., mas que ao mesmo tempo teve acesso à educação e a oportunidade de conviver com as elites interioranas, conhecendo e vivenciando os dois lados da “moeda social”.

Talvez, tal inquietação tenha sido ainda mais aguçada com a minha vinda para a Cidade Maravilhosa, onde tive a oportunidade de conviver com a nata da sociedade carioca e, concomitantemente, com as mazelas sociais das comunidades pobres de uma grande metrópole, devido a minha atuação como estagiário na Rocinha (uma das maiores favelas da América Latina), em um projeto de orientação e assistência jurídica àqueles que, historicamente, sempre foram excluídos do acesso à justiça. Foi nesse momento que também tive os meus primeiros contatos com os direitos humanos, seja na minha atuação como estagiário, seja na graduação em direito na PUC-Rio.

De forma específica, o interesse pelo tema aqui desenvolvido surgiu da minha atuação enquanto advogado na ADVOCACI – Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, organização não-governamental sediada do Rio de Janeiro. Foi em tal instituição que comecei a atuar na advocacia de interesse público e na pesquisa jurídica no campo dos direitos sexuais e direitos reprodutivos, em especial, em uma pesquisa sobre a criminalização da prática do aborto no Estado do Rio de Janeiro. Atuei, ainda com assessoria jurídica em processos pela violação de direitos humanos e na defesa de mulheres processadas pela prática do

aborto. Foi então, que minha atuação e meus estudos no campo dos direitos humanos passaram a levar em consideração o enfoque de Gênero.

Desde logo pude perceber que abordar a temática do aborto dentro do paradigma do Estado democrático de direito e na perspectiva dos direitos humanos era uma tarefa demasiadamente árdua, uma vez que imbricada a uma gama de conflitos e controversas, seja pela polêmica e complexidade a que está imersa a questão, seja pelos inúmeros aspectos que estão relacionados à interrupção voluntária da gravidez: médico, científico, político, moral, religioso, jurídico, dentre outros.

Ao mesmo tempo, percebi que abordar a questão seria algo apaixonante, e realmente foi. As discussões a respeito do tema são sempre calorosas e cheias de ambigüidades, onde os atores sociais, além de defenderem a sua bandeira de luta, defendem, muitas vezes, a questão com as paixões inerentes a sua convicção pessoal sobre o tema, seja pela perspectiva dos direitos das mulheres, seja pela perspectiva da proteção da vida do feto. Além das disputas pessoais e morais, a temática está no centro das relações de poder e de disputas políticas.

Assim, logo o tema me despertou paixões. Contudo, na presente dissertação, enfrentamos uma série de obstáculos, seja pelo tempo exíguo para a sua construção, seja pelo tema complexo e polêmico, sobre o qual paira inúmeros debates e embates na sociedade contemporânea.

Devido à complexidade e amplitude da temática a ser abordada, nosso enfoque será predominantemente jurídico e de forma tangencial, sociológico e político. Desta forma, a abordagem aqui traçada toma como elementos, não os aspectos éticos, morais e religiosos do aborto, mas o aspecto jurídico de sua criminalização na perspectiva dos direitos humanos e da democracia, onde prevalece o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

A hipótese central deste trabalho é de que a criminalização do aborto, no Brasil, na perspectiva dos direitos humanos e do Estado democrático de direito é uma violação dos direitos das mulheres, uma vez que, o Estado, ao enfrentar um problema de saúde pública através do sistema penal, que nunca protegeu o bem

jurídico tutelado em questão, qual seja, a vida do feto, nada mais faz que intervir na esfera individual e privada do feminino, indo na contramão dos direitos fundamentais das mulheres, numa patente violação do direito à igualdade de gênero.

O tema é relevante na medida em que há uma necessidade de reflexão crítica acerca das diversas formas de dominação e repressão, que se exterioriza por meio do controle dos corpos e da sexualidade dos indivíduos, notadamente do corpo e da sexualidade da mulher. Pela necessidade de uma reflexão crítica acerca da política de criminalização, em especial, da penalização da prática do aborto, dentro do Estado democrático de direito e na perspectiva dos direitos humanos, cujo princípio maior é a proteção da dignidade da pessoa humana. Relevante, ainda, porque a temática do aborto vem, paulatinamente, deixando de ser um assunto restrito às discussões no interior do movimento de mulheres e dos grupos religiosos, às páginas policiais dos meios de comunicação, passando a ser tratado em diferentes editoriais (ciência, política nacional e internacional, saúde, família, cadernos especiais e outros).

À vista disso, para a realização do objeto a ser estudado, partir-se-á de alguns pressupostos considerados relevantes a seguir elencados:

1. A tipificação de uma conduta como crime é uma questão de política criminal, e que determinada conduta pode deixar ou não de ser crime, dependendo dos interesses dominantes de cada sociedade em dado momento histórico.
2. O aborto só passou a ser tipificado como crime no Brasil, por condicionamentos, históricos, sociológicos, antropológicos, econômicos, políticos e religiosos, em um contexto de mudança de paradigma, qual seja, o surgimento da Idade Moderna. Assim, nos perguntamos: por que o aborto é considerado crime, qual a finalidade, a quem favorece, à vida de quem?
3. O sistema penal carece de legitimidade para resolver os conflitos sociais, notadamente em relação ao fenômeno do aborto, e que o mesmo é incompatível com os direitos humanos, uma vez que estes assinalam um programa realizador de igualdade de direitos de longo alcance, enquanto

os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades.

4. A proibição legal não inibe às mulheres a recorrer à prática do aborto. O sistema penal é ineficaz para resolver a questão e sua aplicação é distorcida e perversa, não impedindo a realização da prática, mas, ao contrário, impelindo-a à clandestinidade.
5. Através de uma observação empírica, de estudos teóricos e da análise de pesquisas, acreditamos não haver estreita relação entre o número de abortos praticados, sua proibição e sua ilegalidade.
6. A criminalização da prática do aborto afeta desigualmente a vida das mulheres pobres e as não-pobres, numa flagrante violação do princípio da igualdade e do Estado democrático de direito, uma vez que os efeitos da clandestinidade recaem, principalmente, sobre aquelas mulheres oriundas das classes mais baixas da sociedade, que pagam muitas vezes, por tal prática, com perda da vida ou com as seqüelas e mutilações irreversíveis.
7. O interesse do Estado em definir aquilo que é permitido ou não, o que deve ser crime ou não, somente se justifica ao cumprir a sua finalidade, ou seja, a realização do bem comum da coletividade. A legislação que intente diminuir o número de abortos deve ser preventiva sob a perspectiva da saúde sexual e reprodutiva e não punitiva, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da mulher.
8. Nos casos de envolvimento com o sistema penal pela prática do aborto, tal sistema “seleciona” as mulheres pobres, negras, moradoras das periferias e comunidades pobres das grandes cidades desprovidas de qualquer prestação social estatal, numa flagrante violação de direitos humanos.
9. Para o enfrentamento da prática do aborto será preciso lançar mão de ferramentas outras, criando leis de outra natureza, ou seja, buscando outras formas de intervenções sociais externas ao sistema penal.

Partindo destes pressupostos é que se buscará subsídios teóricos, empíricos e estatísticos, para averiguar se a criminalização do aborto impede/inibe que as mulheres recorram à tal prática, e até que ponto a referida criminalização é incompatível com princípio da dignidade da pessoa humana, com os direitos humanos do feminino e com a agenda democrática.

Na verdade um Estado que se diz comprometido com os direitos das mulheres e com a verdadeira proteção da vida do feto e da vida da mulher deve ter como patamar, os princípios basilares e as garantias dos direitos fundamentais de homens e mulheres, incluindo acesso ao sistema público de saúde, com orientação sobre sexualidade, planejamento familiar e informações sobre os métodos de contracepção, e não com a criminalização do aborto.

Para a realização do estudo proposto, utilizar-se-á como referencial, a concepção contemporânea dos direitos humanos e autores que abordam tanto, historicamente, quanto na atualidade o biopoder e a questão do controle dos corpos e da sexualidade como forma de dominação e repressão, em especial do corpo feminino. Utilizaremos também obras de estudiosos da criminologia abolicionista, da criminologia crítica, que fundamentam a ilegitimidade do sistema penal enquanto meio eficaz para a resolução de conflitos e que postulam a abolição total ou quase total do sistema penal.

Além das referências mencionadas, nos valeremos da pesquisa bibliográfica multidisciplinar, fazendo uma revisão de bibliografia. Buscaremos não só contribuições bibliográficas no âmbito do estudo do direito, mas na ciência política, na sociologia, na criminologia e, eventualmente em outros campos do conhecimento, uma vez que, para a compreensão do tema, faz-se necessário compreender o contexto histórico, político, econômico, social e religioso no Brasil e no exterior, face à nova ordem mundial globalizada em que se insere o crescimento da exclusão social e o aumento da criminalização e algumas formas de fundamentalismos.

Serão analisados, ainda, dados dos órgãos oficiais e de organizações da sociedade civil, dados de pesquisas realizadas no Brasil e em outros países, referentes à prática do aborto, bem como dados de organismos internacionais que venham a contribuir para melhor aprofundamento, clareza e fundamentação da questão proposta. Dar-se-á atenção ainda, a alguns casos judiciais emblemáticos de mulheres que recorreram à prática do aborto e, conseqüentemente, viram-se envolvidas com o sistema penal e, algumas vezes, foram presas de forma arbitrária, em patente violação do princípio do processo legal, da democracia de dos direitos humanos.

Em relação ao espaço temporal trabalhar-se-á em uma perspectiva história para que possamos constatar as permanências e rupturas em relação a criminalização do aborto no Brasil, desde o Brasil Colônia, perpassando pelo Brasil Império, pelo Brasil República, até a contemporaneidade. No entanto, trabalhar-se-á, mais profundamente a questão do aborto e sua criminalização a partir das décadas de 60 e 70 do século XX, ou seja, no contexto daquilo que denominamos de história recente, e que é denominada por alguns autores como sociedade pós-moderna.

Para a realização do que está sendo proposto, o trabalho será dividido em quatro capítulos, sendo cada capítulo, composto de subitens. Com essa divisão pretende-se dar conta do que delimitamos no presente trabalho

No primeiro capítulo abordaremos o sistema penal na perspectiva dos direitos humanos. Para tal empreitada, inicialmente, daremos atenção ao fenômeno da globalização e do neoliberalismo, tendo como fonte principal os estudos de *Boaventura de Souza Santos* e de *Zigmunt Bauman*, analisando as imbricações entre globalização, discurso penal, controle social, direitos humanos e a questão feminina que, conforme defenderemos, são temas embicados e fazem parte de um todo complexo, fruto das transformações sociais na sociedade contemporânea.

A partir da observação empírica e de estudos teóricos de autores da criminologia abolicionista e da criminologia crítica, alisaremos o porquê da incompatibilidade do sistema penal com os direitos humanos e a ilegitimidade e ineficácia de tal sistema em dar respostas satisfatórias na resolução dos conflitos sociais, uma vez que a sua lógica é excludente, seletiva e controlista, sendo usado, regra geral, para combater os desregramentos das “classes subalternas” da sociedade. Analisaremos, ainda como em relação ao conflito do crime de aborto, o sistema penal é ainda mais ilegítimo e ineficaz para dar conta de tal fenômeno, uma vez que sua prática não tem relação intrínseca com a ilegalidade e criminalização.

No capítulo II será abordado, com base em estudos historiográficos e sociológicos e em bibliografia contemporânea, a questão do biopoder, do controle

dos corpos e da sexualidade, com ênfase no controle sobre o corpo e a sexualidade da mulher. Buscaremos constatar que tal controle sempre se fez presente na história das sociedades, não passando de uma forma de dominação e repressão, fundamentada por meio dos mais diversos discursos.

Analisaremos, ainda, o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao fenômeno do aborto desde as Ordenações de Portugal (Manuelinas Afonsinas e Felipinas), perpassando por todos os códigos penais que já vigoraram no Brasil até o Código Penal vigente, de 1940. Dessa forma, será possível analisar as permanências e as rupturas em relação à criminalização do aborto, e verificar que tal prática sempre foi utilizada pelas mulheres brasileiras para por fim a uma gravidez indesejada. Entretanto, não foi criminalizada desde sempre, uma vez que somente com a passagem do Brasil a categoria de Império a lei passou a dispor sobre tal prática.

Posteriormente, no capítulo III analisaremos a construção política e normativa dos direitos sexuais e direitos reprodutivos enquanto direitos humanos das mulheres, para ao final abordar de que forma a permanência da prática do aborto enquanto conduta tipificada como crime, viola tais direitos, impedindo que as mulheres os exerçam de forma equitativa com os homens e tenham a garantia da cidadania ampliada, pressuposto para a consolidação dos princípios democráticos.

No capítulo IV analisaremos o aborto na sociedade contemporânea, fazendo uma abordagem da criminalização de tal prática na América Latina e Caribe, e as semelhanças entre a região e o Brasil no que diz respeito as estimativas de abortos praticados e a respectiva criminalização.

Daremos atenção, também, à discussão política sobre o aborto nos Poderes Legislativo, Executivo e judiciário, onde buscaremos constatar que a discussão, não obstante a inclusão de novos atores, continua polarizada entre dois atores sociais importantes, com posições antagônicas, ou seja, os grupos religiosos e o movimento de mulheres.

Abordaremos, ainda, como a criminalização do aborto, no Brasil, exerce apenas um poder simbólico, uma vez que a interrupção da gravidez é uma prática largamente utilizada na nossa sociedade. Não obstante, há um baixo índice de criminalização, pois a lei penal somente é aplicada em poucos e seletivos casos, tendo como clientela, regra geral, mulheres jovens, pobres, negras ou pardas, com baixa escolaridade, solteiras, com relações precárias de trabalho, moradoras da periferia e bairros pobres das grandes cidades.

Apesar do baixo índice de criminalização, a ilegalidade do aborto faz com que milhares de mulheres pobres, que não tem condições de pagar por um procedimento ilegal, mas seguro, são levadas a praticarem o aborto nas condições mais desumanas possíveis, numa verdadeira violação de direitos.

Por fim, da análise de alguns processos criminais onde figuram como réis, mulheres processadas, e através de seus depoimentos perante o sistema penal poderemos observar que a criminalização do aborto além implicar em violação dos direitos humanos das mulheres e ser um problema de saúde pública, é um problema de justiça social. Somente algumas mulheres já vulneradas socialmente foram envolvidas com o sistema penal, o que nos remete a observar que a seletividade do sistema penal também é aplicada quando o crime em questão refere-se a prática do aborto.