

# FUNDAMENTOS PARA LEGALIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ COM FULCRO NA CRIMINOLOGIA CRÍTICA (UMA ÓTICA HUMANO-FEMININA)

## GROUNDS FOR LEGALIZATION OF INTERRUPTION OF PREGNANCY WITH FULCRUM IN CRITICAL CRIMINOLOGY (AN OPTICAL HUMAN FEMININE)

Felipe da Veiga Dias<sup>1</sup>

Rosane B. Mariano da Rocha B. Terra<sup>2</sup>

### Resumo

O presente estudo examina a descriminalização do aborto sob um prisma criminológico crítico (minimalismo), a partir da ideia de um direito penal constitucionalizado, sugerindo que, com base na releitura do sistema penal pautada por esses vetores, é possível legalizar essa conduta. Considerando a complexidade dos fatores envolvidos, a simples análise penal dogmática mostra-se incompleta, impondo-se uma verificação do assunto nos termos propostos. Menciona-se a própria deslegitimação do sistema penal como base para o estudo, que faz ecoar posturas minimalistas e abolicionistas no sentido de denunciar as suas incapacidades e sustentar uma substituição dos instrumentos punitivos por outros menos violentos. Destaca-se que a presente temática deve primar pela busca de uma sociedade justa e humana, pelos direitos das mulheres e pela contenção da expansão penal desenfreada.

**Palavras-chave:** aborto; criminologia; direito penal; constitucionalização.

### Abstract

The present study examines the descriminalization of the abortion under a critical criminological prism (minimalism), starting from the idea of a criminal law constitutionalized, suggesting that,

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS. Professor da Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Santa Maria – RS. Brasil. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Núcleo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (GRUPECA/UNISC). Participante do projeto de pesquisa “O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai” (CNPQ). Advogado – felipevdias@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Pesquisa pela UNIFRA. Professora do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Integrante do grupo de pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC, e do grupo de Pesquisa “Teoria Jurídica no Novo Milênio”, do curso de Direito da UNIFRA. Coordenadora do Laboratório de pesquisa e TFG do curso de Direito da UNIFRA. Coordenadora de Pós-Graduação em Direito da UNIFRA. Santa Maria, RS. Advogada – rosanebterra@yahoo.com.br.

with base in the review of the criminal system ruled by those vectors, it is possible to legalize that conduct. Considering the complexity of the involved factors, the simple dogmatic penal analysis is shown incomplete, being imposed a verification of the subject in the proposed terms. It mentions the own illegitimacy of the criminal system as base for the study, that makes to echo postures minimalist and abolitionists in the sense of to denounce their incapacities and to sustain a substitution of the punitive instruments for other less violent. It stands out that should excel for the search of a fair and human society to thematic present, for the women's rights and for the contention of the wild penal expansion.

**Keywords:** abortion; criminology; criminal law; constitutionalization.

## **1. Exposição Temática**

O problema trazido pela pesquisa tem seu foco no exame da descriminalização da interrupção da gravidez sob um prisma criminológico crítico (minimalismo), na ideia de um direito penal constitucional, baseado na deslegitimação do sistema punitivo, cogitando-se assim a possibilidade de legalizar o atual delito de aborto sob essa ótica.

A proposta do tema encontra fundamentos na evasão legislativa em discutir as questões pertinentes ao aborto, por diversos motivos, dentre eles poder-se-ia mencionar as divergências políticas baseadas em concepções ideológicas pessoais, distantes de uma empatia com a população ou ainda a complexidade da matéria. Todavia, a estagnação do Estado não é motivo para calar diante de uma temática controversa e que a cada dia ceifa vidas de mulheres em todo país; é imperativa a verificação do assunto sob a visão criminológica, pois a simples análise penal dogmática mostrar-se-ia incompleta perante a pluralidade de fatores que cercam o delito.

Igualmente, poder-se-ia aludir a própria deslegitimação do sistema penal como base para o estudo, já que nos últimos tempos o sistema penal vem retirando sua própria legitimidade através de teorias cerceadoras de direitos no estilo Law & Order americano, as quais produziram influência sob diversas legislações mundo afora. Porém, em contrapartida a estas espécies teóricas opressoras, encontram-se as posturas minimalistas e abolicionistas, as quais pretendem sustentar a deslegitimação do sistema penal, diante de suas incapacidades.

Partindo deste ideal redutor do sistema penal, a descriminalização de certas condutas é algo que se impõe para a implementação de um minimalismo ou até mesmo de um projeto

abolicionista, o qual a curto e médio prazo faria uso de uma redução nos instrumentos punitivos, em substituição por outros menos violentos. Essa visão de redução lesiva e mais solidária do ponto de vista humano, bem como de solução de conflitos através de formas alternativas é compactuado por quase todas as propostas abolicionistas e minimalistas, para modificação da sociedade (ZAFFARONI, 1991, p. 104 – 105).

Desta forma, uma análise criminológica crítica, a partir de visões minimalistas ou abolicionistas, capazes de projetar soluções diversas da simples criminalização, seriam de maior valia em uma pesquisa em prol dos direitos das mulheres, e não somente isso visando um prisma constitucional penal, a fim de reduzir a hipertrofia desenfreada da esfera punitivo-criminal brasileira.

## **2. Parâmetros introdutórios do sistema constitucional-penal e da criminologia**

As esferas jurídicas possuem uma grande amplitude, bem como se comunicam em conexões dentro dessas ramificações, complementando seus aspectos umas com as outras. No entanto, dentro dos ordenamentos constituídos no mundo pós-moderno, pode-se verificar uma característica uniforme em quase todos os sistemas jurídicos, a subordinação ao texto constitucional como base jurídica da nação.

No Brasil, a partir de 1988, o Estado foi constituído teoricamente como Democrático de Direito, ao qual teve seu texto magno marcado muito mais pelo desejo de proteção dos direitos fundamentais, do que por declarar as formas de organização estatal, não diferindo dos demais quanto à vinculação entre o seu direito constitucional e as demais vertentes. Todavia, cabe ressalva de que o caráter formal do texto não necessariamente reflete o material, ao qual se está submetido. Por óbvio nem todas as garantias ali trazidas estão efetivadas.

Outrossim, a leitura constitucional do direito não é nada mais do que o correto, ademais, para se chegar a qualquer conclusão, independente do ramo do direito, sem ofertar riscos de ofensa à base jurídica é necessária tal vigilância, uma vez que alguns desses princípios têm uma

enorme influência; veja o caso da dignidade da pessoa humana, a qual é considerada fundamento da República (CANOTILHO, 2004, p. 225)<sup>3</sup>.

O prisma constitucionalista penal é forçoso ao se adentrar no âmbito da investigação criminológica, isso porque apesar de ser considerada uma ciência independente, ela não pode ser inserida sem um contexto, já que nesse estudo tratar-se-á de investigar um “crime” de grande debate, o aborto. Como adendo à ótica mencionada, aduz-se a abordagem de autores como Luciano Feldens (2005, p. 23 – 24) e Alberto Jorge Correia de Barros Lima (2012), no sentido de enfatizar a força da conexão constitucional penal, ofertando ensejos como uma Constituição Penal, ou ainda uma releitura do ordenamento criminal com fulcro nas novas bases principiológicas contidas no âmago constitucional.

Dessa forma, quando se almeja abordar um delito como esse, ao qual implicam efeitos diversos, ao mesmo tempo em que se sustenta uma posição em prol da descriminalização da conduta, logicamente são levantadas várias questões. Dentre as interrogações erigidas estão aquelas referentes aos direitos fundamentais, à realidade social em que se deu a incriminação da conduta ou ainda o desinteresse das classes dominantes em rediscutir a matéria, diante do prejuízo auferido, em grande maioria, pelas classes mais pobres.

A base argumentativa para amparar tal posicionamento transcende os dados matemáticos ou pesquisas (que não deixam de ter importância, pois serão utilizados no decorrer do artigo), visto existirem fortes fundamentos criminológicos. Para o estudo real ou no mínimo verossímil é indispensável a análise transdisciplinar da conduta, devido às várias afetações sofridas pelas minorias (mulheres pobres) com a incriminação, com fulcro nas teorias da criminologia crítica (abolicionistas e minimalistas) (ANDRADE, 2008 e ANDRADE, 2003, p. 185).

Contudo, não se pode deixar de verificar junto à abordagem da criminologia o âmbito da política criminal em relação ao custo benefício do Estado, diante da ineficácia da norma, tendo em vista que esta não consegue inibir a conduta ou ao menos deixa a desejar no cumprimento de suas funções, devendo-se idealizar novos enfoques sobre o problema, já que a incriminação não

---

<sup>3</sup> “Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é homem que serve aos aparelhos político-organizacionais”.

conquista os objetivos pretendidos. Juntamente com esta abordagem poder-se-ia trazer alguns entendimentos de outros países, compactuantes com a ideia descriminalizante, somando-se as justificativas levantadas para tal, a fim de chegar a um denominador comum.

### **3. A interrupção da gravidez no Brasil sob a ótica da criminologia crítica (feminista)**

A base do ordenamento jurídico brasileiro é a Constituição, a qual detém em seu texto uma série de direitos denominados fundamentais; dito isso é inerente à contextualização do direito constitucional e, principalmente no tema abordado, os direitos fundamentais aludidos para contrapor os argumentos daqueles que desejam a manutenção do “crime”. No sentido da conservação da incriminação encontra-se a invocação do direito à vida como base, sempre causando certo pacifismo em relação a contradições, visto a sua imagem de direito fundamental absoluto.

Entretanto, não existe direito fundamental absoluto (STEINMETZ, 2001, p. 63)<sup>4</sup>, motivo pelo qual se discutem conflitos de direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, tendo em vista as suas características flexíveis e de maior amplitude questionadora, permitindo que os mesmos sejam harmonizados por meio de métodos “pacíficos”, tendendo sempre a um equilíbrio (ponderação de bens - proporcionalidade) (BARROS, 2006, p. 39 – 40). Ao adentrar na temática da descriminalização da interrupção da gravidez, os fundamentos anteriores não podem ser esquecidos, uma vez que existem conexões intrínsecas desses assuntos.

Iniciando a análise do “crime” a partir de uma ótica da mulher (aqui se adotando a denominação de gênero, em consonância com a distinção explanada por Alessandro Baratta, o qual diferencia sexo e gênero) (BARATTA, 1999, p. 21 – 22), principal envolvida no caso, a tendência das propostas de seus movimentos é a harmonização (seguindo um raciocínio

---

<sup>4</sup> “Por que há colisões? Além de todos os argumentos expostos – já na introdução (supra) desta investigação – para explicar por que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitáveis, é oportuno citar Larenz: ‘Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são ‘abertos’, ‘móveis’, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada’. Em outras palavras, os direitos colidem porque não estão *dados* de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado, há colisões *in concreto*”.

constitucionalmente adequado), sob o argumento da autonomia reprodutiva, a qual seria deduzida da dignidade da pessoa humana<sup>5</sup>, estando desta forma alinhada com os ideais constitucionais e internacionais (direitos humanos das mulheres) (SARMENTO, 2006, p. 159). Esse princípio visa defender a liberdade de escolha da mulher, entretanto sem negar o valor da vida intrauterina, desejando, mais precisamente, uma dosimetria jurídico-axiológica, e para tal demarcar-se-ia um período em que o direito de ambos fosse respeitado.

Neste ponto, duas observações são cabíveis, haja vista a menção a direitos humanos. Primeiramente registra-se adoção do entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 29 e igualmente coaduna o posicionamento de COMPARATO, 1999, p. 210) a respeito da diferenciação entre direitos humanos e fundamentais, na senda de que os primeiros estariam resguardados no viés internacional, tendo em vista a sua pretensa universalidade, enquanto os direitos fundamentais seriam os direitos humanos dotados da positividade do ambiente interno, a fim de com isso assegurar maior proteção a tais interesses.

O segundo aspecto a ser observado, antes do prosseguimento do estudo, cabe ao falar-se de respeito aos direitos humanos, apenas com caráter elucidativo e específico do tema da interrupção da gravidez, as descrições biológicas de desenvolvimento fetal encontradas na obra de Ronald Dworkin (2003, p. 21 – 22)<sup>6</sup> referem que o ser em formação somente seria capaz de sentir dor em um estado muito avançado da gestação, ou seja, o procedimento abortivo realizado no período inicial de gestação não seria torturante ou desumano a esta possibilidade de vida humana.

---

<sup>5</sup> A dedução do princípio da autonomia reprodutiva a partir do viés da dignidade humana é sustentável a partir da compreensão regressiva, já que em tese todo direito humano, fundamental ou princípio guarda ligações com tal fundamento. Neste sentido encontra-se a obra de SARLET, 2008, p. 83.

<sup>6</sup> “Sem dúvida, as criaturas capazes de sentir dor têm interesse em evitá-la. Contraria frontalmente os interesses dos animais o fato de submetê-los á dor, quando se o apanham em armadilhas ou se fazem experiências com eles, por exemplo. Da mesma maneira, infligir dor a um feto que já possui um sistema nervoso suficientemente desenvolvido também contraria frontalmente seus interesses. Mas um feto só tem consciência da dor quando sua mãe se encontra em estado avançado de gravidez, uma vez que antes disso seu cérebro ainda não está suficientemente desenvolvido. É verdade que a atividade elétrica do cérebro surge no tronco cerebral do feto, tornando-o capaz de movimentos reflexos por volta do sétimo mês a partir da concepção. Mas não existe fundamento algum para supor que a sensação de dor seja possível antes do estabelecimento de uma conexão entre o tálamo do feto, para o qual fluem os receptores nervosos periféricos, e, seu neocórtex ainda em desenvolvimento exato em que se estabelece essa conexão, é quase certo que ocorre depois de metade do período de gestação [...] Além disso, essas fibras talâmicas só começam a formar sinapses com neurônios corticais algum tempo depois, o que se imagina ocorrer por volta da vigésima quinta semana”.

O entendimento sustentado nos parágrafos anteriores é defendido por vários doutrinadores, entre eles Daniel Sarmiento (2006, p. 111 – 168) e Maria Berenice Dias (2004, p. 95), concernente aos direitos femininos (e humanos) como o da autonomia reprodutiva, sendo acrescido nas palavras da autora recém-mencionada, por meio de uma leitura que transpõe os argumentos descritos, havendo também uma ofensa ao princípio da igualdade, com a incriminação do aborto. O fundamento por detrás de tal argumento é a limitação imposta pela incriminação à liberdade/autonomia feminina em seu próprio corpo, na tentativa de equiparar homens e mulheres, em franca contraposição ao ideal de isonomia projetado constitucionalmente (inclusive como elemento essencial a dignidade humana).

Assim esta teoria apresenta o ser em formação protegido à medida que a gravidez evolui, determinando que o período de tempo acarretará um constante aumento no direito do feto de ser gerado em contrapartida a uma diminuição da autonomia reprodutiva da mãe. Desta forma se mantém o respeito à possibilidade de vida, sem, contudo, cercear o direito do ser humano já constituído, a mulher.

As origens destas ideias se encontram no movimento feminista, o qual conta com larga história de luta por direitos desde meados do século XVIII e XIX, sendo que neste período as “restrições aos direitos civis e políticos das mulheres eram justificadas pela inaptidão natural das mulheres para com as atividades políticas e econômicas fora do lar” (GORCZEVSKI; MARTIN, 2011, p. 197). O abandono gradual deste pensamento foi moroso e careceu de fortes movimentações sociais, alcançando conquistas significativas no sentido da igualdade no século XX; obviamente o movimento feminista contou com peculiaridades nacionais (GORCZEVSKI; MARTIN, 2011, p. 198 – 204), porém não se pode no momento apreciar todo este resgate histórico, cabendo apenas dizer que sua importância foi considerável no processo de transição democrática (Constituição de 1988), bem como na atuação contemporânea de luta por direitos das mulheres.

A abordagem feminista (iniciada pelos movimentos sociais aludidos) proporcionou questionamentos a partir da observação histórica da sociedade, vislumbrando seu caráter patriarcal, aliado à religiosidade, onde a mulher se encontrava em posição de submissão, afastada dos meios de produção, de discussões políticas, tendo como única função à reprodução

(PIAZZETA, 2001, p. 110)<sup>7</sup>. As ações das mulheres para desprender-se dessas amarras do passado vêm ao longo dos anos surtindo efeitos, visto as conquistas auferidas por elas, exemplo disto são alguns dos dispositivos da Constituição de 1988, os quais visavam a defesa de direitos pleiteados pelas mulheres ou até mesmo a pressão externa oriunda dos mecanismos jurisdicionais internacionais (sistema interamericano) de direitos humanos na questão da violência de gênero. Todavia, restam batalhas a serem travadas, como a legalização do aborto.

Embora as obras que mencionam essa espécie de abordagem histórica cite costumeiramente o papel da religião (em geral judaico-cristã) e da moral (DIAS, 2004, p. 89 e PIAZZETA, 2001, p. 110 – 113), apenas citar-se-á aqui a sua participação, já que não se pretende adentrar neste rumo do tema, tendo em vista que seria remetido às tentativas de influenciar o Legislativo de ambos os lados; tanto daqueles que defendem a legalização do aborto e quanto dos que desejam a sua incriminação total (inclusive retirando do ordenamento as atuais excludentes de ilicitude).

Ao aplacar esse assunto (abordagem histórica da opressão feminina e interrupção da gravidez) e ao se aproximar da abordagem do delito, adentra-se no âmbito da criminologia em seu estudo do delito, delinquente, vítima e controle social (MOLINA; GOMES, 2002, p. 39 e ELBERT, 2003, p. 176). Tal afirmação pretende sedimentar os rumos da investigação, já que para realizar um estudo de uma conduta penalmente prevista em sua totalidade, entende-se necessária a análise transdisciplinar (CARVALHO, 2006, p. 40), conforme propõe a criminologia ao aliar-se com outras ciências. Especialmente ao falar-se em um tema como a legalização do aborto, no qual apesar das tentativas, o lançamento um olhar único (restritivo) sobre ele seria violar a sua complexidade, ou seja, tentar entendê-lo apenas juridicamente falando tornar-se-ia obsoleto.

Ante o espaço reduzido de um artigo, é imperioso delimitar o foco de maneira mais específica, podendo-se acerca da ciência supramencionada, especificar a linha de atuação por

---

<sup>7</sup> “Com o estabelecimento da sociedade patriarcal, o jugo do homem não se deu apenas na administração dos negócios da família (da qual era, agora, o senhor), mas também sobre a mente e o corpo da mulher, que lhe pertencia única e exclusivamente, como pertenciam-lhe as terras, os animais, os filhos e os escravos. O Catolicismo, que surgiu associado ao patriarcado, reforçou esta “lógica” inquestionável. A libido feminina, fonte de todo o mal, precisava ser controlada e vigiada. Sociedade masculina e religião, através de seu discurso de poder, aliam-se na opressão do sexo feminino”.



meio da ótica denominada de criminologia crítica (com origem no pensamento marxista). Justifica-se isto porque a mesma transpõe a abordagem dos envolvidos na relação delituosa, tratando de verificar as origens históricas (sociedade patriarcal), o sistema econômico (capitalista), danos sociais, o sistema penal, dentre outros fatores que a diferem das simples definições.

Posto isto, utiliza-se aqui os ensinamentos de Alessandro Baratta (1999, p. 41) para compreender, em toda sua amplitude, esta via teórica adotada.

Quando a consideração dos processos de definição e de reação social vem acompanhada da desigual distribuição do poder de definição e de reação, e, paralelamente, os sistemas da justiça penal interpretados no contexto dos relacionamentos sociais de iniquidade e em conflito, podemos dizer, segundo os critérios de classificação por mim utilizados, que estamos diante de uma *criminologia crítica*. Na criminologia crítica, as dimensões da definição e do poder desenvolvem-se no mesmo nível e se condicionam entre si. Isto significa que os processos “subjetivos” de definição na sociedade vêm estudados em conexão com a estrutura material “objetiva” da própria sociedade; que o sistema da justiça criminal vem estudado como um *soto-sistema* social que contribui para a produção material e ideológica (legitimação) dos relacionamentos sociais de desigualdade. Dentro de um tal contexto teórico, o processo de criminalização e a percepção ou construção social da criminalidade revelam-se como estreitamente ligados às variáveis gerais de que dependem, na sociedade, as posições de vantagem e desvantagem, de força e de vulnerabilidade, de dominação e de exploração, de centro e de periferia (marginalidade). O sistema da justiça criminal e o seu ambiente social (a opinião pública) vêm estudados pela criminologia crítica, colocando em evidência e interpretando, à luz de uma teoria crítica da sociedade, a repartição desigual dos recursos do sistema (proteção de bens e interesses), bem como a desigual divisão dos riscos e das imunidades face ao processo de criminalização.

Dentre essas bases teóricas também é possível perceber uma crítica pertinente, haja vista que ao definir os moldes anteriores da sociedade humana, traça-se um paralelo entre a elaboração legislativa da época da codificação penal de 1940 e a sociedade patriarcal, portanto apesar do entendimento contemporâneo como sendo incorreta a criminalização da conduta, a mesma estava de acordo com o pensamento daquele momento histórico<sup>8</sup>. Entretanto, o atual panorama social é completamente diverso, não se estando mais a encontrar a mulher como objeto (SARLET, 2008,

---

<sup>8</sup> Importante sobre este tema referendar as influências contidas na codificação penal brasileira em 1940, visto que deve-se ter noção dos ideais que fundaram a índole punitivista e segregadora deste código, tal como a ideia de “higienização” a qual guardava em suas entranhas ideologias fascistas e nazistas de pureza racial, sendo que no Brasil estas não foram efetivadas na sua integralidade, mas denotavam o pensamento criminal do período. Sobre a força deste pensamento segregador na América Latina alude-se a obra de MIRANDA; VALLEJO, 2005.

p. 37)<sup>9</sup> ou tão pouco diminuída perante o homem, mas sim em igualdade (com suas peculiaridades, obviamente). A partir dessas deduções se embasa mais fortemente os argumentos feministas, visto que na realidade em que se encontram, não é aceitável a conduta passiva do legislador, ou ainda no sentido a manter-se fiel a ótica machista do século anterior, para conservação da conduta como criminosa.

Corroborar esse posicionamento histórico, necessário a uma análise crítica do aborto, as palavras de Daniel Sarmiento (2006, p. 113):

Hoje, não há mais como pensar no tema interrupção voluntária da gravidez sem levar na devida conta o direito à autonomia reprodutiva da mulher, questão completamente alheia às preocupações da sociedade machista e patriarcal do início da década de 40 do século passado. Parece assente que, embora essa autonomia não seja absoluta, ela não pode ser negligenciada na busca da solução mais justa e adequada para a problemática do aborto, seja sob o prisma moral, seja sob a perspectiva estritamente jurídica.

Inobstante, o enfoque crítico utilizado pelo movimento feminista resulta na convergência de pensamentos, vislumbrando a interrupção da gravidez para além dos limites penais, numa crítica conjunta ao sistema criminal como um todo.

Destarte, sob o enfoque da criminologia crítica Newton Fernandes e Valter Fernandes (2002, p. 562)<sup>10</sup>, compactuam do entendimento de que a afetação principal das incriminações desta espécie de conduta se dá nas classes mais pobres, de forma que com a proteção dos bens considerados importantes na visão capitalista, protegidos pela norma penal, resultam em uma criminalidade atribuída a certos indivíduos de determinadas classes sociais menos privilegiadas (ANDRADE, 2003, p. 270).

Dos posicionamentos dos autores poder-se-ia adicionar, no que concerne à ótica do aborto, é que além das formas de manutenção de poder e submissão a que estão presas às

---

<sup>9</sup> O afastamento do tratamento do ser humano como objeto na doutrina nacional e podendo-se aludir pela doutrina alienígena, guarda relações diretas com a noção filosófica kantiana, vislumbrando no homem um fim em si mesmo, afastando todos os tratamentos redutores de sua humanidade, como se este fosse uma coisa. Afirmar esta corroborada na obra de Ingo Wolfgang Sarlet, a respeito da dignidade da pessoa humana.

<sup>10</sup> “De sorte que o compromisso primário da Criminologia Dialética ou Crítica é com a abolição das diferenças sociais em termos de riqueza e poder, repisando seus cultores, e todos aqueles que comungam de suas teses, que a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política sobre as classes menos afortunadas”.

camadas menos favorecidas, há também na ótica da mulher o fator pretérito de submissão e opressão de seus direitos, e essa faceta não pode ser esquecida, conforme já mencionado.

Ainda nesse sentido ao referirem-se as classes econômicas dominantes no sistema brasileiro, a abordagem crítica feminista vai adiante, delimitando no Estado e na burguesia formada em sua maior parte por homens, a manutenção do seu poder e opressão as mulheres (na maioria negras e pobres) (ARDAILLON, 1998, p. 201)<sup>11</sup>. Igualmente, poder-se-ia dizer que inexistem por parte dos detentores do poder estatal, uma empatia para com as camadas menos favorecidas da população ou a motivação necessária para defender causas de tal índole.

Diante do exposto, resta a verificação de que esta forma de abordagem da problemática que cerca o aborto, no sentido da criminologia crítica feminista, direciona-se para descriminalização da conduta, ou seja, juntamente com uma visão minimalista na esfera de punições, objetivando a superação do próprio sistema penal (posição sustentada por Alessandro Barrata, quanto à superação do sistema penal) (BARATTA, 2002, p. 205 – 207) na solução de conflitos. Sintetizando, seguindo esse raciocínio afirma-se que a punição criminal é um mal necessário, mas que deve ser reduzido ao máximo, já que as mazelas causadas por ele vulneram o ser humano em seu caráter axiológico, e no caso específico desta incriminação não conseguem adimplir com fins aos quais se dispõe.

A ineficácia da proibição penal em coibir este “crime” (ARDAILLON, 1998, p. 208) é flagrante, e desde os ensinamentos do já superado positivismo de Kelsen (1998, p. 8), as normas jurídicas tinham de cumprir com o mandamento da eficácia, o qual não parece estar presente neste caso. Outrossim, a prática legislativa hodierna, na direção da incriminação constante de novas condutas, retira do próprio sistema penal o seu caráter final (*ultima ratio*), passando a ser utilizada como *prima ratio*, pelo Poder Público, e de fato esta expansão penal acaba por legitimar os movimentos em prol da descriminalização (a hipertrofia do sistema criminal gera a usurpação da legitimidade interventiva constitucional) (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 435, soma-se conjuntamente a abordagem da expansão penal feita por SÁNCHEZ, 2011).

---

<sup>11</sup> “Em termos um pouco diferentes dessa corrente radical, a corrente marxista do feminismo considera também o estado como instrumento repressor nas mãos dos homens e da burguesia branca. Estruturando por múltiplas desigualdades entre gêneros, raças e classes, esse estado constitui coercitiva e autoritariamente uma ordem masculina graças às suas legitimadas e às suas políticas substantivas. Ele autoriza o controle das mulheres pelos homens em todos os níveis, particularmente na sua sexualidade”.

Com base na estrutura aludida até o momento, proporciona-se a seguinte compreensão: a temática estudada a partir de uma perspectiva renovada (pelo prisma da criminologia) pode apresentar soluções diversas, de maneira que vislumbrar a situação do crime de aborto, objetivando-se a indagação de suas origens, influências, antes de efetivar uma racionalização dogmática dos fatos, entra em sintonia com o pensamento criminológico crítico. Particularmente fala-se do seu ideal redutor das diferenças sociais, refletindo uma posição diferente das habituais dentro da criminologia (novo enfoque) (SHECAIRA, 2008, p. 352 – 353) e até mesmo dentro das abordagens científicas a que se está acostumado, visto as suas usuais restrições a aberturas, numa quase total ausência de transdisciplinariedade, limitando as possibilidades de resposta da problemática.

Existe também o entendimento de que o equívoco no tocante à análise do aborto residiria na sua abordagem, pois vê-lo como um delito seria um erro, o qual somente seria sanado, no momento em que se passasse a identificá-lo como uma questão social, ou ainda como um problema de saúde pública, sobretudo no tocante a política criminal<sup>12</sup>. O fato que corroboraria tal interpretação seria a própria ineficácia dos meios penais para coibir a conduta, demonstrando primeiramente que os meios seriam incapazes (comprovado pelo número de abortos ilegais) e secundariamente a necessidade de encontrarem-se soluções adequadas ao problema em outro local (sustentação conjunta da deslegitimidade do sistema penal).

Neste norte, a atenção seria dada à saúde pública, obviamente pela afetação em sua grande maioria da camada pobre da população, a qual não teme a ilicitude do fato (fator de extrema relevância na ótica penal) e o pratica em condições precárias (desumanas – ofensa ao princípio constitucional da dignidade humana), podendo levar a morte das gestantes, a diversas infecções ou doenças<sup>13</sup>. Não bastassem estes argumentos, embora não seja o foco desejado ao estudo, apenas como observação valorativa, o número de denúncias é baixo, não diferindo das

---

<sup>12</sup> A respeito do tema da política criminal e sua necessária adoção da linha constitucionalizada do direito criminal aduz-se a obra de ROXIN, 2002.

<sup>13</sup> Sobre a gama de doenças as quais podem estar sujeitas as mulheres, nos traz, TORRES, 2007. p. 31. “(...) pois, centenas de mulheres, todos os anos, estão sofrendo terríveis conseqüências físicas e psíquicas em razão do abortamento realizado em condições precárias e inseguras: infecções, que se instalam nas paredes do útero ou que migram para as trompas, para os ovários ou para cavidade abdominal (doença inflamatória pélvica – DIP); lesões traumáticas ou químicas dos genitais e outros órgãos pélvicos; reações tóxicas a produtos ingeridos ou introduzidos nos genitais; hemorragias, que acarretam anemia, choque e morte ou que exigem transfusões sanguíneas de emergência (...)”

condenações pelo delito em quantidade ínfima ou até mesmo considerada irrelevante, demonstrando-se uma convivência não somente das autoridades punitivas, mas da própria sociedade com a prática delituosa.

Seguindo esse sentido Leila Linhares Barsted (2007, p. 98), apresenta seu posicionamento acerca dos fatores sociais do tema:

Assim, a ineficácia punitiva em relação ao aborto pode ser explicada por diversas razões, dentre as quais, inclusive, a cumplicidade da polícia com as clínicas clandestinas. Mas, na realidade, não há uma pressão social contra essa prática. Para a maioria das pessoas, esse é um assunto da vida privada, visto no campo moral e religioso, e muito poucos sairiam de suas casas para denunciar quem o pratica à polícia. São, portanto, comportamentos que se situam no âmbito da vida íntima, das escolhas individuais.

A linha de pensamento supramencionada traz consigo a racionalização entre o custo e o benefício da incriminação, tendo em vista que os defensores dos movimentos contra a legalização da interrupção da gravidez alegam que seria demasiado oneroso ao Estado a realização dos procedimentos em sede da rede pública de saúde. Entretanto, tal base argumentativa não convence nem o mais singelo leitor do assunto, pois o ônus ao Poder Público é alto devido à precariedade dos procedimentos clandestinos que deixam sequelas sobre as mulheres, as quais vêm a ser tratadas em sede de saúde pública. Conforme aduz, as palavras de Daniel Sarmiento (2006, p. 157 – 158), as quais se fazem uso novamente, trazendo os dados recolhidos junto ao SUS:

E nem se objete que a realização de abortos no SUS implicaria a assunção de gastos desmesurados pelo Poder Público. Na verdade, apesar da atual ilegalidade do aborto, o Governo já gasta, hoje, vultosos recursos para tratar das consequências dos abortos clandestinos sobre a saúde das mulheres. Só com o pagamento de curetagens são aproximadamente R\$ 29,7 milhões por ano, sem contar outros procedimentos e/ou tratamentos que por vezes se tornam necessários para acudir à saúde feminina.

Contudo, como se deseja encontrar soluções para o problema, a apreciação de entendimentos de outros países pode auxiliar na descoberta de novas medidas a serem tomadas, visando o benefício das mulheres, sendo este mais um procedimento viável na busca por efetivação de direitos. Nesse âmbito, algumas lides ou discussões interessantes podem ser

levantadas, como nos EUA, nos casos Roe contra Wade (DWORKIN, 2003, p. 05 – 09), e no mais recente Planned Parenthood versus Casey (DWORKIN, 2008, p. 38 – 39), ou na Alemanha com os denominados casos Aborto I e II (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 266 – 294), objetivando saber quais foram as ações tomadas para resolução do problema, e a sua natureza (medidas penais, orientações as mulheres, políticas públicas, etc.).

Conforme se mencionou acima o exemplo alemão, é possível referir a sua situação, de maneira não demasiadamente extensiva, porquanto a verificação dos dois principais casos já demandaria uma larga explicação. Assim, a partir das adaptações feitas na legislação, após a manifestação do Tribunal Constitucional Alemão (Aborto II – 1995), a interrupção da gravidez foi permitida nas 12 primeiras semanas da gravidez, tendo como requisito para sua permissão a submissão da mulher a um serviço de orientação<sup>14</sup>.

Ante o exposto, visualiza-se em relação às medidas tomadas na Alemanha uma orientação constitucional-social, preocupada não somente com os direitos fundamentais, humanos, princípios ou argumentos jurídicos da questão discutida, sobretudo, vislumbra-se uma decisão conjunta do poder público, afinada com os desejos de seu povo, neste caso especificamente as mulheres, juntamente com uma retirada da órbita penal de um “delito”, o qual já havia perdido a sua razão de existir, em uma aplicação punitiva minimalista.

Ademais, ainda sobre o prisma internacional, é passível menção a conferências e acordos internacionais realizados visando a defesa de alguns desses direitos pleiteados pelos movimentos femininos, como o direito a autonomia reprodutiva e a um procedimento abortivo seguro. Remete-se aos escritos de Flávia Piovesan (2007, p. 66) para fundamentar estes argumentos, sob pena de vacância nas informações:

---

<sup>14</sup> Essa posição também coaduna com a fidelidade ao juízo de proporcionalidade, já que não deixa nenhuma das partes completamente desprotegida, há uma justa proporção entre os interesses envolvidos. Comentam acerca da função da proporcionalidade contra a proibição da proteção deficiente FELDENS, 2008. p. 92. “A proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua dignidade constitucional”. Em sentido semelhante colaciona-se CANOTILHO, 2004. p. 273.

No plano jurídico, a criminalização do aborto viola os chamados direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, amparados pela Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994, bem como pelas Conferências de Copenhagem de 1994 e de Pequim de 1995. A criminalização do aborto resulta, assim, como uma violação a direitos humanos internacionalmente protegidos, em particular nas esferas da sexualidade e reprodução.

As reflexões internacionais têm o escopo de elucidação para uma adaptação à realidade nacional (soluções – política criminal), pois se está atendo aos fatores mais obscuros acerca do assunto, uma vez que os dados acerca da mortalidade materna, da periculosidade dos abortos clandestinos (CANDOTTI, 2006, p. 58 – 59)<sup>15</sup>, são de conhecimento generalizado, bem como estes são cada vez mais referendados, sejam por meio de novos estudos ou levantamentos jornalísticos, como por exemplo, o que foi realizado no ano de 2011 pelo programa “profissão repórter”, o qual asseverou os altos índices de mortalidade feminina<sup>16</sup>. Tais constatações também são utilizadas na pesquisa, embora não tão enfatizados até o momento nessa breve síntese, estes fatores são extremamente relevantes, a fim de obter-se uma visão concreta da realidade da questão.

Muitos dos argumentos até aqui utilizados são respaldados por pesquisas<sup>17</sup>, principalmente aqueles em prol da descriminalização da conduta e da deslegitimação do sistema penal, visto que as deduções dos dados e dos argumentos levantados têm em geral levado a crer que a atual situação de incriminação do aborto, não salva vidas de futuros seres humanos, mas apenas serve para finalizar com a vida das mulheres ou deixa-las debilitadas, demonstrando uma clara impossibilidade dos meios penais em sanar o conflito.

Por fim, cabe lembrar que a temática do aborto tem relevância atual no contexto criminológico e social, bem como sua discussão se alastra no âmbito internacional, seja pela luta da descriminalização ou a manutenção do delito, o que se ressalta é que a conquista de uma sociedade justa e humana é um dever de todos. Principalmente no caso dos operadores do direito,

---

<sup>15</sup> “Pesquisas realizadas pelo Ministério da Saúde revelam que, no Brasil, 31% das gestações terminam em aborto e que anualmente ocorrem no país aproximadamente 1,4 milhão de abortos entre espontâneos e inseguros. O SUS atende 244 mil internações motivadas por curetagens pós-aborto. Dimensões de um sofrimento que políticas públicas serenas poderiam mitigar”.

<sup>16</sup> Conforme consulta no site Globo. Disponível em < <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2011/04/aborto-inadequado-mata-uma-mulher-cada-dois-dias-no-brasil.html>>. Acesso em 10 de maio de 2012.

<sup>17</sup> Por exemplo, as pesquisas divulgadas no Dossiê aborto: mortes previsíveis e evitáveis. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

por estarem melhor munidos para tais batalhas é que não podem furtar-se dos debates sobre os direitos das mulheres e tão pouco de discutir a contenção desta expansão penal desenfreada e inconsequente.

### **Considerações Finais**

O tema da interrupção da gravidez é ainda um tabu na sociedade brasileira, sejam quais forem as razões para isso, os resquícios do passado repressivo contra os direitos humanos e fundamentais de mulheres brasileiras não pode manter o calamitoso prejuízo impetrado contra elas, ainda mais com fulcro nas vias penais. Portanto, o viés criminológico crítico feminista teve como seu principal objetivo elucidar alguns aspectos velados do debate do tema, objetivando assim qualificar e pluralizar o debate do aborto na realidade brasileira.

Assimilar os conhecimentos de outras experiências também é um marco contributivo a discussão, ainda mais se contar não somente com a contextualização nacional, mas com a mostra de alternativas fora das vias punitivas e mais alinhadas com a visão de respeito pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais. Posto isto, coaduna-se aqui com uma visão criminológica crítica ao mesmo tempo alinhada com a ótica constitucional-penal (demonstra isso a concepção de ponderação adotada, valorando os interesses do feto e da mulher), haja vista que a proposta minimalista busca a garantia e proteção de direitos, solucionando conflitos da maneira menos violenta possível.

Deste modo, entende-se aqui a necessidade de densificar o debate do aborto, evitando-se os argumentos vazios utilizados há tanto tempo, para com isso compreender a realidade cruel imposta pelo sistema penal, o qual vê nesta conduta um “crime”, quando na realidade deveria vislumbrar uma questão de saúde pública, ou seja, buscando alternativas de políticas públicas, de assistência, orientação, dentre tantas outras. Por isso, registra-se neste breve artigo a crítica a postura conservadora brasileira até o presente momento, em todos os sentidos, seja dos poderes estatais ou da própria sociedade, rumando para o recrudescimento punitivo-penal, em descompasso com a ótica penal moderna e com a criminologia crítica (feminista no caso), evitando não somente alterações como o próprio debate do tema, relegando assim mulheres a



assumir riscos, bem como colocar-se em condições desumanas, estando em total discordância com os ditames basilares de respeito à mulher como ser humano.

## Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.cjb.net>>. Acesso em 16 de setembro de 2008.

\_\_\_\_\_. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARDAILLON, Danielle. A insustentável ilicitude do aborto. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22, abril-junho. 1998.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

\_\_\_\_\_. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARSTED, Leila Linhares. Direitos humanos e descriminalização do aborto. In: PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Org.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANDOTTI, Ennio. Na terra como no céu. In: CAVALVANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e Transdisciplinariedade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coordenadora). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Portugal: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre justiça e os crimes contra as mulheres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *The supreme court phalanx: the court's new right-wing bloc*. New York: New York Review Books, 2008.

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminologia*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Marisa; VALLEJO, Gustavo (Compiladores). *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino*. Buenos Aires: Siglo XXI de Argentina Editores. 2005.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIAZZETA, Naele Ochoa. *O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Org.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. CAVALVANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 68, p. 31, setembro – outubro. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.