

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO III

RENATO DURO DIAS

ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

G326

Gênero, sexualidades e direito III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Renato Duro Dias, Robson Antão De Medeiros – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-346-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Gênero. 3. Sexualidades. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO III

Apresentação

O Grupo de Trabalho Gênero, Sexualidades e Direito III, sob a Coordenação dos Professores Doutores Renato Duro Dias – FURG e de Robson Antão de Medeiros – UFPB, teve a apresentação realizada no dia 08 de dezembro de 2016, no XXV Congresso do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na cidade de Curitiba – Paraná, dividida em quatro blocos, assim descrita: 1 - gênero, feminismo e direitos humanos; 2 – gênero, relações laborais; 3- sexualidades e 4 – gênero e matérias penal e constitucional.

O primeiro bloco que trata da temática de gênero, feminismo e direitos humanos, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 1 - Feminismo jurídico: notas introdutórias, de autoria de Twig Santos Lopes...; 2 – A importância dos movimentos sociais na luta pelos direitos das mulheres a partir da incorporação do discurso dos direitos humanos, de autoria de Luciana Correa Souza.; e 3 - Violência de gênero, o feminismo como sujeito e a jurisdição constitucional, de autoria de José Roberto Anselmo e Ricardo Augusto Bragiola.

O segundo bloco que trata da temática de gênero e relações laborais, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 4- Trabalho, neoliberalismo e feminismo: análise da justiça de gênero no modelo teórico de Nancy Fraser, de autoria de Samia Moda Cirino; 5 - Que horas ela volta? a subalternidade do emprego doméstico e a diferencial distribuição da precariedade na vida das mulheres, de autoria de Luciana Alves Dombkowsch e Renato Duro Dias 6- A inserção feminina ao mercado de trabalho através de concurso público: as relações de poder na defensoria pública do Estado do Espírito Santo, de autoria de Lívia Salvador Cani e 7 - A advogada na contemporaneidade e o papel da OAB na implementação de políticas públicas voltadas para a redução das diferenças de gênero, de autoria de Sergio Pereira Braga e Isabella nogueira Paranaguá de Carvalho Drumond.

O terceiro bloco que trata da temática de sexualidades, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 8 - A função social do direito e o reconhecimento do nome social e identidade de gênero: o papel dos atores sociais no desenvolvimento do estado democrático de direito, de autoria de Rogério Sato Capelari e Antonio José Mattos do Amaral; 9 - Cada um no seu lugar: reforço dos estereótipos de gênero na publicidade infantil e a construção da identidade pessoal, de autoria de Tatiana Mareto Silva Cristinae Grobério Pazó; 10 - Travestilidades – o corpo em cena: notas sobre a efetividade dos direitos da personalidade das pessoas travestis no Brasil, de autoria de Carolina Grant Pereira; 11 - O

reconhecimento do direito às sexualidades: uma análise por meio dos direitos fundamentais, de autoria de Amanda Netto Brum e 12 - Possibilidade jurídica do casamento gay no Brasil: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade e do direito fundamental à liberdade, de autoria de Fabrício Veiga Costa e Renata Mantovani De Lima.

O quarto bloco, e último, que trata da temática de gênero e matérias penal e constitucional, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 13- (In)eficácia das medidas protetivas na Lei Maria da Penha, de autoria de Nefi Cordeiro; 14 - Da Lei Maria da Penha ao feminicídio: análise da violência doméstica e familiar e dos homicídios de mulheres no Brasil, de autoria de Lucelaine dos Santos Weiss Wandscheer; 15 - Aborto: um grave problema de saúde pública e de justiça social, de autoria de Maria Cláudia Crespo Brauner e Liane de Alexandre Wailla e 16 - Legalização do aborto: medida democrática e inclusiva de direitos das mulheres, de autoria de Emmanuella Magro Denora e Fernando De Brito Alves.

É importante ressaltar que a temática envolvendo Gênero, Sexualidades e Direito são questões transdisciplinares desenvolvidas nos diversos cursos de pós-graduação em Direito nas cinco regiões do Brasil. Revela-se, ainda, pelas apresentações e discussões no GT que o tema merece destaque, dada a emergência nos estudos culturais. Enquanto espaço de promoção, defesa e discussões acadêmicas e jurídicas o GT Gênero, Sexualidades e Direito, junto aos eventos do CONPEDI, inova e revela pesquisas com qualidade científica e social.

Por fim, ressalta-se a importante iniciativa do/das professor/as Renato Duro Dias (FURG), Cecilia Caballero Lois (UFRJ) e Silvana Beline Tavares (UFG) em propor a criação do GT e a chancela pelo CONPEDI, dando guarida a tão relevante temática.

Prof. Dr. Renato Duro Dias - FURG

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois - UFRJ

LEGALIZAÇÃO DO ABORTO: MEDIDA DEMOCRÁTICA E INCLUSIVA DE DIREITOS DAS MULHERES

ABORTION LEGALIZATION: DEMOCRATIC AND INCLUSIVE WAY AS WOMEN'S RIGHTS

Emmanuella Magro Denora ¹
Fernando De Brito Alves

Resumo

Este artigo, através do método dialético, pesquisou argumentos da atual discussão sobre o aborto no Brasil: enquanto discussão filosófica e médica sobre o início da vida; enquanto política criminal; enquanto análise criminológica, considerando-se a partir da criminologia crítica; enquanto medida patrimônio-patriarcal, numa visão desigual e desprotetiva da mulher. À pesquisa, colhidos os dados numéricos e bibliográficos, aplicou-se filtragem principiológica constitucional, a partir do círculo hermenêutico a fim de concluir-se fundamentando-se pela postura adequada e inclusiva a ser orientada enquanto função política num Estado Democrático de Direito que tutela interesses de liberdades e direitos humanos.

Palavras-chave: Legalização do aborto, Política criminal, Democracia, Feminismo, Direitos das mulheres

Abstract/Resumen/Résumé

This article, through the dialectical method, researched current arguments discussion of abortion in Brazil: as a philosophical and medical discussion of the beginning of life; while criminal policy; while criminological analysis, considering from the critical criminology; as a measure equity-patriarchal, an unequal vision and desprotetive woman. In the research, the number and bibliographic data gathered, applied constitutional principled filtering, from the hermeneutic circle to be concluded basing by the proper and inclusive approach being targeted as a political function in a democratic state that protects interests freedoms and human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion legalization, Criminal policy, Democracy, Feminism, Women's rights

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná; Advogada; Professora de Direito Constitucional, Processo Penal e Direito Penal. Pesquisadora de questões de gênero, feminismo e Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

Partindo da definição de Miaille (1989, p.16), em que *introduzir* é o verbo que define a ação de “penetrar em lugar novo”, dá-se as boas vindas e já se esclarece que este trabalho não tem como objetivo apologias ou incentivos a realização de abortos, ainda que defenda sua legalização pelas razões e fundamentos que serão expostos. Trata-se do valor da vida através de uma visão inclusiva e democrática através de filtragem principiológica constitucional e de intervenção mínima estatal nas liberdades individuais.

Tal discussão, de forma científica e comprometida com a realidade dos fatos, faz-se necessária sempre que os brados de pan-criminalização e truculências penais e encarceradoras legitimadas ou buscando legitimação pelo Estado atingem níveis preocupantes de achismos, sem possibilidades de espaços para esclarecimentos de assuntos tão delicados e mesmo pouco populares, como este.

A análise aqui apresentada buscou a partir dos argumentos prós e contras mais utilizados, a satisfação em todos os vieses, e pelo método dialético, atentando-se ao mérito próprio classificados em três grandes grupos de questões: (1) a questão da política criminal, (2) a questão patrimônio-patriarcal e (3) a questão da segregação por classe social. Estes grupos se comunicam sistematicamente.

No que se refere à discussão do conceito de vida em sentido médico, filosófico, moral e religioso, abordou-se enquanto requisito preliminar para a discussão, pelo qual, após breve apreciação, deve-se ser vencido e contextualizado nos três grandes grupos, onde concentra-se a discussão do trabalho e conforme pretende-se direcionar o olhar da pesquisa.

2. QUESTÕES PRELIMINARES

Conforme já exposto, a discussão realizar-se-á a partir dos seguintes quesitos preliminares a serem resolvidos: discussões religiosas/morais e discussão filosóficas e médicas.

2.1. PRELIMINARMENTE: DAS DISCUSSÕES RELIGIOSAS/MORAIS

No que tange aos posicionamentos religiosos, considerando-se a laicidade do Estado e a pluralidade de fé, tais argumentos tão somente podem influenciar o indivíduo quando da análise de seu caso particular em relação a sua fé específica e arbítrio próprio. A decisão

válida a um pode não ser válida a outro quando se trata de fé, e, portanto, qualquer decisão generalizada a partir do que um indivíduo ou um grupo de indivíduos crê (dominantes, em regra) deixa de ser inclusiva, porque não permite a diversidade da crença do outro, logo não democrática.

Conforme nos contextualiza LOREA (2006):

“Não há alternativa outra à garantia das liberdades laicas no contexto de um estado democrático de direito que não seja atender à pluralidade de pensamentos que convivem na sociedade brasileira. Nesse sentido, ao reformar a legislação atual para descriminalizar o aborto no país, os legisladores estariam assegurando a diversidade, contemplando a possibilidade de que nenhuma posição se sobreponha às demais, com isso fomentando o debate civilizado e respeitando a decisão de cada um na esfera individual.”

Assim, seriam tais premissas válidas para o indivíduo enquanto ser livre numa democracia, porém não a se tornar regra para a sociedade enquanto regulamentação geral. Idem para justificações morais de toda sorte, em respeito à liberdade de opinião.

Exemplificativamente quanto ao exposto, traçando um paralelo e guardadas as proporções, particularidades e delicadezas dos temas, bem como a fim de não gerar comoções particulares: suponha-se a hipótese de que representantes da fictícia “Igreja da Alcachofra Sagrada” eleja uma bancada de deputados federais e senadores substancial e numericamente apta e influente para aprovação de leis complementares. Tal religião fictícia, por seu grupo crer que alcachofras são sagradas, uma vez que possuem coração, determinam cominação legal penal criminalizando o corte e o consumo de alcachofras para todos os fins. Como possuem grupo ideologicamente comprometido com o argumento, a lei é aprovada, gerando comoção aos *gourmands* e amantes de aperitivos em geral, cujo consumo a partir de então se dá através do mercado negro e traficantes de alcachofras, que passam a deter poder e criar grandes “feudos” e um direito pára-estatal, tudo isso a partir da imposição de uma crença sobre as demais utilizando-se do Estado para concretização dos fins e alcance a todos¹.

¹ Quanto aos debates no Congresso Nacional, na década de 1990, interessante trabalho apresentado por Maria Isabel Baltar da Rocha, intitulado “A Questão do Aborto no Brasil: O Debate no Congresso” (DA ROCHA, 1996, que cuida de analisar proposta de emenda constitucional realizada naquela década com o escopo de proibir por esta forma qualquer hipótese de aborto provocado, incluindo-se as categorias ainda permitidas pelo Código Penal. A proposta, na época, não obteve quórum necessário. A autora, no ínterim de tal discussão, analisa as demais

Não obstante o teor exemplificativo e quase lúdico do caso acima narrado, os paralelos, ao recorrermos ao simplismo, são efetivos: ao selecionarmos determinados fatos do mundo como aptos à tutela penal, estamos paralelamente também deslegitimando um debate qualificado, e dando uma resposta extrema (direito penal, afinal, é principiologicamente tutela de *ultima ratio*) a situação que pode vir a ser tratada por meios intermediários de intervenção estatal, desde políticas públicas de conscientização a buscar evitar condições inseguras de fazimento e realização do fato.

Como trata Dworkin (2003, p.234-235):

“Por nosso amor pela liberdade e pela dignidade, estamos comprometidos a viver em comunidades nas quais não se considera que nenhum grupo é inteligente, religioso ou numeroso o bastante para decidir questões essencialmente religiosas que dizem respeito a todos os demais. Se tivermos uma preocupação verdadeira com as vidas que os outros levam, admitiremos também que nenhuma vida é boa quando vivida contra as próprias convicções e que em nada estaremos ajudando a vida de outra pessoa, mas apenas estragando-a, se a forçarmos a aceitar valores que não pode aceitar, mas aos quais só se submete por medo ou por prudência”.

O intuito é demonstrar paralelamente que, no que tange a questões individuais, não compete ao Estado impor orientação oficial ou única a partir de premissas privadas e moral particular de grupos dominantes, tutelada pelo direito penal, porque não inclusivo, portanto não democrático, visto que não possibilita a todos a inserção social adequada e a liberdade de crença e estabelecimento de igualdade de condições de ser.

2.2. PRELIMINARMENTE: DAS DISCUSSÕES JUSFILOSÓFICAS/MÉDICAS

Quanto à determinação de início da vida, discussões médicas e filosóficas, ainda não são pacíficas dentro das doutrinas respectivas a definir quando se pode declarar iniciada a vida. Mesmo, o conceito de vida já é de profundidade possibilitadora de tratados e teses. Não é o intento aqui, mesmo por limitação de espaço e forma.

propostas vigentes – desde legalização à criminalização plena – do assunto. Atualmente, o tema volta à pauta com a formação conservadora da Câmara dos Deputados e Senado Federal, usualmente no sentido de restringir ainda mais as possibilidades bem como aumento de pena (conferir < <http://congressoemfoco.uol.com.br/tag/aborto/> >).

Da premissa médica parte-se e confunde-se a fim de justificação filosófica, sob a batuta dos argumentos de Ronald Dworkin (2003), que averigua que os interesses do feto enquanto ser vivo e pleno de funções vitais em potencial ocorre por volta da 25ª semana de gestação, quando o sistema nervoso está suficientemente desenvolvido e apto a sentir. A partir desse momento ele é capaz de sobreviver sem depender do corpo da mãe (caso dos prematuros) e também é capaz de sentir dor.

Antes do estabelecimento de uma conexão entre o tálamo, para o qual fluem os receptores nervosos periféricos, e o desenvolvimento completo de seu neocórtex não há que se falar em sensação.

A medicina desconhece o momento exato do estabelecimento dessas conexões, até pelas variantes genéticas (GWERCAMAN, 2007), mas o que se consegue comprovar hoje é que tais ligações acontecem após a metade da gestação, quando as fibras talâmicas se projetam para o neocórtex humano (entre a 22 – 23ª semana de gestação), e após isso as ditas fibras talâmicas começarão a formar sinapses com neurônios corticais. Quando tais sinapses acontecem, o sistema nervoso fetal está completo. E isso acontece justamente por volta da 25ª semana. Nesse momento, há uma vida viável, conforme esclarece o embriologista Clifford Grobstein² (DWORKIN, 2003, p.22). A partir então da viabilidade da vida é que se pode tratar de interesses em ser vivo, em se estar vivo, e interesses do feto e da mãe.

A questão filosófica de o aborto contrariar, ou não, os interesses do feto deve depender da questão de saber se o próprio feto tem interesses no momento em que se faz um aborto, e não se tais interesses se desenvolverão acaso o abortamento não venha a acontecer. Dessa forma, se analisarmos os interesses de um ser humano que já vive e sente, é evidente que contraria os interesses atuais dele se tivesse sido abortado. Porém a análise não deve ser feita em retrospecto, porque não há interesses em algo que nunca teria sido se determinada atitude não fosse tomada. Não haveriam interesses, conforme Dworkin, a serem prejudicados, uma vez que não houvesse o alguém cujos interesses estão vinculados.

No Direito brasileiro, a Constituição da República não cuida do aborto³, deixando à norma infraconstitucional que enfrente a questão. Conseguimos indícios jurídicos

² GROBSTEIN, C. *Science and the Unborn*.

³ A não inclusão da temática do aborto na Constituição foi medida proposital decidida pelas feministas constituintes, haja vista que as mesmas perceberam que seria mais prudente não cuidar desse tema naquele momento posto que se assim o fosse, seria para vedação da possibilidade de descriminalização. Foi, portanto, uma medida politicamente pensada para discussão infraconstitucional futura, conforme explicou a Prof.^a Dr.^a Céli Pinto (UFRGS) em conferência de abertura intitulada “*FEMINISMO E O PODER POLÍTICO NO BRASIL: Uma relação de perdas e ganhos*”, proferida no IV SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, promovido pela Universidade Estadual de Londrina, em 08 de junho de 2016.

de início da vida nos emprestando de conceitos presentes no Código Civil, que declara resguardar os direitos do nascituro antes de seu nascimento com vida. Portanto, para tal regime, a tutela jurídica se dá a partir do nascimento com vida, fora do útero.

Os países que legalizaram o aborto também tutelam a vida, e não se contradizem ao permiti-lo. Estipulam alguns até a 12^a e outros até a 15^a semana de gestação como data limítrofe. Ainda que a formação estimada do sistema nervoso completo do feto ocorra por volta do sexto mês de gestação estipulam a permissibilidade até as semanas supracitadas pela constatação da precariedade do que se formou até então, os membros e os órgãos não estão definidos: é a chamada fase embrionária. A grande maioria dos abortos espontâneos ocorre até esse ponto, assim, tal seria o tempo estimado com margem de segurança para possível legalização, em compasso com fundamentos filosóficos e médicos, a fim de estipular início de interesses vitais.

Preliminares tratadas e esclarecidas, segue-se pela análise dos três problemas centrais a serem discutidos: (1) a questão da política criminal, (2) a questão patrimônio-patriarcal e (3) a questão da segregação por classe social.

3. QUESTÕES CENTRAIS

As questões centrais, vencidas as questões preliminares já apontadas, são aqui divididas em três grandes grupos (não exclusivos de inserção de demais questionamentos). Subdivide-se os debates em relação ao aborto em (1) aborto enquanto questão de política criminal; (2) aborto enquanto questão patrimônio-patriarcal e (3) aborto enquanto questão da segregação por classe social.

3.1. ABORTO ENQUANTO QUESTÃO DE POLÍTICA CRIMINAL

Enquanto questão de política criminal assim entendida através das quatro premissas apontadas por Baratta (BATISTA, 2002, p.36-39), que: (a) numa sociedade de classes a política criminal não deve quedar-se reduzida a uma política penal que limita o Estado enquanto cumpridor de função punitiva (sem ressalvas para paliativos de medidas despenalizadoras/substitutivos penais), visto que uma política criminal numa sociedade de classes deve estruturar-se enquanto meio transformador da sociedade; (b) a partir da premissa de que o direito penal é um direito desigual e estigmatizante, em que deve-se observar a tutela

penal em criminalidade que afetem interesses essenciais para a comunidade (crimes econômicos, financeiros, contra a saúde pública, etc) e por outro lado um necessário minimalismo penal, com o escopo de ruir a truculência do Estado, descriminalizando fatos típicos de concepção autoritária e ética; (c) dado o fracasso dos fins declarados da prisão e suas funções de controle de criminalidade, a abolição da pena privativa de liberdade e métodos de desencarceramento enquanto alternativa penal; e (d) contra o processo ideológico desenvolvido em torno da opinião pública, que legitima esse direito penal desigual com procedimentos de alarme social e campanhas de manipulação reprodutora de falsa reprodução de solidariedade social, a proposta de Baratta é uma luta em produção científica e de informação através de desenvolvimento de uma consciência no campo das condutas desviantes da criminalidade.

Seleciona-se a fim de adequação à realidade do tipo penal analisado, as premissas (a) (b) e (d) – mesmo por que pela pena-base do tipo, as medidas de desencarceramento já são aplicadas na hipótese por imposição processual.

O argumento para constar o aborto no rol de crimes dolosos contra a vida é justamente a proteção e a condição de Direito Fundamental que se dá à vida. Aprofunda-se esse ponto adiante.

3.2. ABORTO ENQUANTO QUESTÃO PATRIMÔNIO-PATRIARCAL

O direito penal, enquanto desigual e promotor de desigualdade, com o encarceramento massivo da pobreza, serve para fins declarados (reinserção social do criminoso, reeducação intensiva pela pena, etc), e para fins não declarados, porque “escondidos” na fachada das declarações oficiais do poder estatal, reproduzidos extensivamente de forma a banalização criminal e a partir da criação da falsa sensação de segurança através do direito penal.

Esses fins não declarados importam na pesquisa, porque utilizam o direito penal como meio de legitimação de discurso não assumido e não revelado, segregador de classe e promotor de estigmatização do diferente. Neste caso, da mulher e da sexualidade feminina, e sobretudo da mulher pobre, que por sua condição dependente das políticas de saúde pública do Estado e pela pouca ou nenhuma instrução/informação adequada a meios contraceptivos.

O argumento declarado, como esclarecido acima, para constar o aborto no rol de crimes dolosos contra a vida é justamente a proteção e a condição de Direito Fundamental que se dá à vida, e que não se trata de direito absoluto. (A exceção em pena de morte no Brasil

é dada em sede constitucional, já resolvida por ela, mas que demonstra especificadamente o ponto: que o direito à vida não é absoluto, como em regra em sede de Direitos Fundamentais.)

Alega-se ainda que estabelecer a exceção retirando-se a culpabilidade do aborto terapêutico (Art. 128, I do Código Penal) e do aborto por estupro (Art. 128, II Código Penal), pela doutrina majoritária justifica-se tal como medidas de razoabilidade enfrentadas pelo legislador, que a fim de evitar violência e perdas maiores, considera aceitável ao olhar do direito penal estas práticas.

Dessa forma, considerando as exceções da fundamentalidade do direito à vida (constitucionalmente prevista na exceção da pena de morte bem como o abortamento previsto em condições de exclusão de culpabilidade – o fato é típico, ilícito, porém deixa de ser culpável), fica vencida a fundamentação da sacralidade protetiva da vida humana incondicional, e podemos passar a discutir a possibilidade de tutelas diversas que não o Direito Penal, que medida por demais estigmatizante e marginalizadora pelos efeitos colaterais que causa socialmente.

Ao tratar da questão, SARMENTO (2014) observa que o aborto envolve a autonomia reprodutiva da mulher, com fundamento constitucional na liberdade e privacidade, cuja proteção constitucional dada à vida pré-natal deve ser ponderada aos direitos humanos da gestante, bem como sua autonomia, e uma resposta criminal não é satisfativa ética e constitucionalmente. Salienta ainda que

“O que não parece de todo admissível é negligenciar um dos componentes desta equação, como fez o legislador penal brasileiro, ao ignorar solenemente a autonomia reprodutiva da mulher no tratamento conferido ao aborto. Que isto tenha ocorrido no início da década de 40 do século passado - no contexto de uma sociedade profundamente machista, e num momento político autoritário, em que a liberdade não era devidamente prezada - não é de se admirar. Mas o que não se compreende é a manutenção da mesma equação legislativa em pleno século XXI, num cenário axiológico absolutamente diverso, e sob a égide de uma Constituição que entroniza a liberdade com um dos seus valores máximos.”

Logo, levando-se à consideração de que o direito penal é patriarcal, patrimonial e promotor de desigualdades, agindo como forma de justificar o capital e a justificar

uma moral de submissão e exclusão/negação da mulher, da sexualidade feminina, bem como perpetua meios de justificação de tal e manutenção da mulher excluída de um sistema que não foi feito para inclusão do diferente, a normatização havida em relação ao assunto em sede criminal passa a ter um traje mais condizente com os resultados que se encontram faticamente.

De quando elaborada a legislação, fica presente o reflexo patriarcal de proteção do patrimônio, usando o direito penal a proteger o “filho legítimo” (diante da impossibilidade de exames de verificação genética), aquele que herda e que tem direitos e posses (resguardados os interesses do nascituro como já esclarece o código civil), como instrumento de dominação masculina de forma a tornar igualmente propriedade o útero, que é um meio legalizado pelo homem para o cumprimento de seus fins garantidores de perpetuação.

Assim, diante da ilegitimidade ou de uma gravidez apta a não permitir a sobrevivência ou colocar em risco a vida daquela mãe que escolhida como reprodutora para o clã e com a finalidade de extensão patrimonial, o direito penal cumpre com suas justificativas não declaradas em função de interesses dos sujeitos das classes dominantes, o que direciona ao próximo tópico da divisão, que aborto é questão de classe social, sobre a (i)legitimidade da prole e perpetuação da hereditariedade.

Necessariamente relacionado à questão patriarcal, que se trata de norma feita por homens para homens a fim de cumprir os interesses desses mesmos homens, e que esporadicamente concede, ainda que como declaração, igualdade de gêneros, e aqui é forçoso que se trace brevemente as conquistas paulatinas aos direitos das mulheres a fim de efetiva condição de equivalência, visto que também as mulheres são uma “minoría”, portanto por vezes necessária a implementação de ações afirmativas para a concretização de suas especiais necessidades.

Observa-se historicamente que os direitos das mulheres crescem em conquistas a partir sequencialmente da obtenção, antecipadamente em esfera europeia e americana e posteriormente refletido em *terrae brasilis*, de direitos políticos (voto), direitos sociais (igualdade formal nas relações de trabalho, etc), e direitos reprodutivos (a partir da pílula anticoncepcional e movimento de liberação sexual).

Hodiernamente, devido a sofisticação das relações sociais e consequentemente jurídicas, em que pese as situações fáticas tenderem a preceder situações jurídicas reconhecidas pelo Estado em casos de minorias e direitos fundamentais, todos esses direitos já estão relacionados e intrínsecos, implicando-se num e noutro (com eventual superveniência de um sobre outro, por óbvio), e já não há que se distinguir ou negar, salvo por

questões didáticas, que a mulher é tão sujeito de direitos quanto o homem e necessita de representatividade política e organizacional para a satisfação de seus interesses específicos devido a sua particular condição num ambiente democrático. Para novas situações juridicamente sofisticadas não se pode dar soluções velhas e simplistas. Em suma: não se pode continuar criminalizando o diverso e sua condição.

Isso implica também em políticas – não somente criminais, apesar deste ser o objeto principal do estudo – com o escopo de diluição do machismo intrínseco e impregnado culturalmente e reiterado em situações cotidianas mesmo que sem dolo para tal^{4 5}, e que se prestam a reforçar estereótipos e senso-comum sobre a submissão feminina relegando a mulher a um ciclo vicioso de sub-condições de desigualdade e competição entre si.

Em análise histórico-evolutiva das conquistas das mulheres, evidentemente que se vislumbra a partir do momento que vivemos uma inclusão expressiva em esferas de direitos e participação social. Todavia essa inclusão é acompanhada de violências, simbólicas ou fáticas, que perpetuam condições desiguais, tanto em direitos como reflexos sócio-culturais.

É uma estrutura construída para que se mantenha a desigualdade fundamental e estrutural desse sistema.

“As sociedades sexistas organizaram o ordenamento jurídico de modo a garantir o *establishment*. As mulheres sofreram uma espécie de *capitis diminutio*, sendo que passaram a ser consideradas à margem do direito, da mesma forma que os presos, e aqueles que têm desenvolvimento mental incompleto, quer sejam crianças, quer sejam deficientes mentais. Mesmo as leis mais democráticas mantiveram as mulheres nesse patamar.” ((BREGA FILHO & ALVES, 2013)

A mulher hoje, em condição de gênero, é parte das “minorias” sociais (aspas devido à numericamente não implicar numa minoria, mas é considerada tal, posto não ser da classe dominante – homem, caucasiano, hetero, cis, classe-média...) que adota o discurso do

⁴ Situações cotidianas que reiteram o machismo diariamente, como culpabilização da mulher por ser molestada em transporte público por usar “trajes inadequados”; ou xingar o árbitro de futebol de “filho da puta” (atribuindo uma conduta moralmente reprovável à mãe do sujeito, e não a ele); atribuir à mulher que exerce sua liberdade sexual a alcunha de “biscate”; preferir mulheres por sua aparência em situações não relacionadas (“a professora é gorda”), e inúmeras outras que podem ser listadas.

⁵ Pesquisa recente realizada pelo Instituto Datafolha aponta que 1/3 da população acredita que a culpa pelo estupro é da mulher < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/09/um-em-cada-3-brasileiros-culpa-vitima-em-casos-de-estupro-diz-datafolha.html> > Acesso em 23 Set. 2016.

grupo dominante por estar ideologicamente comprometida, em regra, à perpetuação do *status quo* pelo processo alienatório característico dos grupos dominantes, conforme a teoria marxista, que não se manifestou diretamente sobre a questão de igualdade de gênero, porém a partir do discurso geral, é possível se equivar dos argumentos, como fazem até hoje os movimentos feministas.

“Outra frente de batalha do Direito das Mulheres foi o socialismo feminista que acreditava na revolução socialista como meio de libertação da mulher. A opinião pública acabou por associar ao socialismo a falsa crença de que eles defendiam a promiscuidade sexual e o “amor livre”, o que teria ficado implícito nas críticas que Marx dirige aos burgueses no *Manifesto do Partido Comunista* e que Engels já havia feito na obra *Família, Propriedade Privada e Estado* (1984). O que importa é que o capitalismo passou a ser identificado como a principal causa de opressão. As socialistas alemãs defendiam o direito de voto desde 1895, e foram apoiadas pela Internacional Socialista das Mulheres em 1910, que além disso defendia a isonomia salarial, o seguro maternidade, e proclamou o dia 8 de março como Dia Internacional da Mulher.” (BREGA FILHO & ALVES, 2013)

Dessa forma, apesar do movimento iluminista e das revoluções proletárias possuírem um discurso de inclusão e de igualdade e liberdade, tal não reconhecia necessariamente na mulher a possibilidade de que a mesma fizesse parte deste fluxo revolucionário, todavia, impregnadas desse discurso de democratização do acesso, igualdade e luta por direitos, emprestou-se dos mesmos fundamentos que legitimaram tais movimentos, para igualmente legitimar os anseios feministas.

3.3. ABORTO ENQUANTO QUESTÃO DE SEGREGAÇÃO POR CLASSE SOCIAL

Partindo-se da premissa acima, cumulando-se aos dados de que hoje o aborto é ilegal, e ainda que esteja criminalizado, há dados de que abortos não espontâneos acontecem⁶,

⁶ Como ocorre com o consumo e o tráfico de droga: é ilegal, mas inegavelmente existe, gera danos sociais e de saúde pública e mesmo existindo e movimentando cifras consideráveis (especialmente o tráfico de drogas), todavia sua possibilidade de convívio jurídico devidamente regulamentado a fim de redução dos danos não é aceita por motivações ideológicas de política criminal que continua se apropriando dos meios oficiais como imposição de interesses não declarados.

beneficia-se em melhores condições de cuidados médicos aquelas mulheres que, desejosas de interrupção da gestação pela razão que for, possam vir a custear tal, sem controle de valores e de qualidade. Sendo assim mais um meio de exclusão e de criminalização da pobreza.

É evidente que tratar de igualdade em condições desiguais – de classe e de gênero, aqui enfatizado – é cuidar da necessidade de implementação de ações afirmativas a fim de estabelecer condições equânimes de realizações.

“Ora, a despeito desse movimento da história no sentido da tentativa promoção da igualdade, a questão permanece: a natureza foi a primeira a distribuir de forma desigualitária as capacidades, e contra isso não há remédio natural. A igualdade é por isso um artifício, algo intencional, produzido em determinado contexto histórico, de acordo com nuances absolutamente particulares. Contar uma história da igualdade é construir uma arqueologia dos direitos contra-majoritários.”(ALVES, 2009)

Portanto, ao cuidar da questão de desigualdades de classe voltadas à saúde da mulher, dentro das possibilidades de colheita de dados a respeito, considerando-se ser ilegal a prática de aborto voluntário e dependendo de relatos através da não identificação, sabe-se que o procedimento clínico é realizado em clínicas médicas, em valores que variam entre 3 e 7 mil reais em regra, a depender do período gestacional. Implica necessariamente dizer que aquelas mulheres que possuem condições de dispender desses valores poderão ter o procedimento realizado em condições sanitárias adequadas e sob supervisão médica. Por outro lado, aquela mulher que não possui condições financeiras para arcar com a média desses valores submete-se a técnicas caseiras e/ou clínicas sem condições sanitárias mínimas.

Resultado: elevado índice de mortalidade de mulheres. Mulheres em regra negras e pobres. O que apenas reflete e reitera situações segregacionistas e o fetichismo e objetificação da mulher.

Estima-se que no Brasil sejam realizados de 700 a 800 mil abortos clandestinos anualmente. De acordo com a ONU, em 2012 somente no Brasil 200 mil mulheres morreram devido a complicações em abortamentos, o que, como argumenta e orienta a própria

Organização das Nações Unidas, teria sido resolvido se os direitos reprodutivos e de saúde da mulher fossem uma prioridade governamental⁷.

Ainda, conforme dados colhidos pela PNA (Pesquisa Nacional do Aborto), ocorrida entre 2010-11, mulheres negras, adolescentes/jovens adultas, de baixa escolaridade tendem a ser maioria ao passar pelo procedimento, por fatores variados, desde questões de baixa renda a abandono pelo companheiro (DINIZ & MEDEIROS, 2013).

A quantidade de processos criminais com essa cominação legal é numericamente irrelevante, no sentido de inexistente, ainda que se tenha ciência de que os abortos ilegais acontecem.

Então, afinal, por que ainda existe tutela penal para o assunto? Uma resposta satisfatória é a trazida: de que o direito penal nestas situações se presta, com a justificativa de proteção à vida, para segregação de classe, de raça, de gênero e de perpetuação de relações sexistas e patriarcais para fetichização da condição feminina e de sua liberdade sexual e de seu próprio corpo, como forma de expressão de superioridade do homem enquanto detentor legal de direitos criados por ele e para ele sobre o útero e sobre a liberdade reprodutiva e saúde da mulher, seja sob fundamento moral, religioso, ou unicamente como regra do capitalismo, situações essas cíclicas pelos três vieses aqui abordados, cujos sistemas sociais se comunicam e mesmo vem a se implicar em decorrência da generalização e posterior individualização dos casos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil declara-se laico, e quando proíbe o aborto se compromete com uma interpretação polêmica da santidade da vida e de negação de discussão de pontos de política criminal pouco ou nada eleitoreiros, enquanto se atém a uma visão patrimonialista e patriarcal do útero, que diferencia em ação negativa a liberdade de disposição e decisão da mulher, eivado de segregação social quando utiliza a tipificação penal para obstruir a possibilidade de aborto

⁷ Sobre a postura da ONU em relação ao elevado índice de mortalidade no Brasil: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral.onu-cobra-brasil-por-mortes-em-abortos-de-risco,837576>> ; Sobre mulheres pobres serem as principais vítimas da criminalização do aborto: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/com-1-milhao-de-abortos-por-ano-mulheres-pobres-ficam-a-margem-da-lei,0401571f0cd21410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>; Sobre a justificativa da postura do Executivo em relação ao assunto: <http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-da-saude-contesta-dados-da-onu-sobre-abortos-no-brasil-4019839> ;e sobre o necessário debate que deve ser feito sobre o assunto, conforme dados apresentados no texto: <http://www.brasilpost.com.br/jornalismo-de-rede-e-rua/aborto-descriminalizacao_b_8209726.html> Acesso em: 29 Set. 2015.

de forma sanitariamente protegida, excluindo do sistema aquelas que não possuem condições sociais e financeiras para agir em clínicas qualificadas, contribuindo com a estigmatização da mulher que aborta bem como agravando a questão de saúde pública – como deveria ser tratado e é recomendado pelo ONU que o seja - do aborto.

Mais: ao tornar ilegal procedimento médico simples por meio de criminalização primária, selecionando o fato a ser típico em tutela penal, deixa de tomar pra si o dever de autorização e verificação dos devidos andamentos dessas clínicas, excluindo-se de qualquer relação possível tanto em responsabilidades penal quanto em civil, suportando mortes havidas em atos de clandestinidade fomentando a cifra negra da criminalidade, e assim restringindo a liberdade ao impor uma postura essencialmente religiosa e de moral machista, patriarcal, dominatória e patrimonial em detrimento de outras mais igualitárias e menos segregadoras a fim de reconhecimento jurídico à mulher como apta a decidir sobre seu corpo e sobre suas possibilidades e conveniências reprodutórias sopesando valores e porquês que somente ao indivíduo compete, sendo uma inadequada intromissão do Estado no direito fundamental à privacidade e à livre disposição de seu próprio corpo, em efeitos de criminalização secundária gravíssimos e segregativos sociais, visto que, se devidamente regulamentado em consonância com a legislação criminal europeia, de alguns estados federados estadunidenses e recentemente uruguaia, é apto a reduzir incidências de morte por complicações em procedimentos caseiros, realizados marginalmente devido à negativa do Estado a discutir séria e cientificamente sobre o assunto, além de contribuir indiretamente com a morte dessas mulheres, ou com a possibilidade de debilitar sua saúde de modo a comprometer futuras gestações, valorando a menor a vida das mesmas.

Penalizar o aborto cumpre função anacrônica de perpetuação de culpa religiosa e moral, como medida de desqualificação feminina e punibilização da liberdade sexual, fomentando culturalmente a postura de que o corpo da mulher não é lugar de posicionamento integral de si que o posicionamento político que emana é a partir da disposição do Estado que o tutela através de uma legislação construída e sistematizada para o domínio feminino a partir da “normalidade” de gênero masculina.

A Constituição Democrática de 1988 transpira o compromisso com o ideal abstrato que constitui um “governo justo e igualitário”. Na cultura política ocidental, em termos gerais, o direito à autonomia procriadora é característica da dignidade humana individual, e assim defronta-se com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas e escolhas, em busca de respostas para suas próprias consciências e convicções.

Assim, na linha argumentativa e libertária de Dworkin (2003), decidir por si e para si sobre questões fundamentais de valor deveria estar entranhado em qualquer cultura verdadeiramente democrática.

Do modo como a pesquisa foi apresentada e mesmo pela limitação da forma escolhida, foi nosso escopo demonstrar que os três aspectos de relevância a nosso ver mais sensível, se comunicam a todo o momento e a divisão apenas foi feita por fins didáticos e de elaboração do raciocínio a fim de pontuar algumas das consequências sociais que se implica a partir da leitura constitucional que fazemos: da necessidade de ações afirmativas em relação à mulher como política de inclusão social da mesma enquanto minoria de gênero numa cultura patriarcal em que a igualdade que se busca é material em situações naturalmente desiguais, que sofisticadamente se discute em sede jurídica democratizante.

Portanto, concluímos a pesquisa pela necessária discussão⁸ a fim de legalização da obstrução da concepção indesejada de forma imotivada (cuja motivação é de foro íntimo da que decide por tal procedimento), seu cuidado e tutela pelo Estado cumulado a campanhas de conscientização de planejamento reprodutivo, a exemplo de países como a França, e mais recentemente o Uruguai⁹, que conseguiram com a legalização estabelecer índices de conscientização e informação, bem como desmi(s)tificar o assunto significativamente. A criminalização do aborto é só um reflexo construído em todas as bases de políticas públicas criadas para manter a desigualdade vigente.

Trata-se de um meio de proteger a vida e a saúde reprodutiva e psicológica da mulher que decidiu em assunto tão delicado, que tão somente a ela e sua consciência lhe compete tal. A desestigmatização do aborto – e de quem comete um aborto - como causa criminal, e sua realocação o posicionando, como orientado pelos tratados internacionais, como questão de saúde pública, é uma questão humanitária de reconhecimento da mulher como sujeito de direitos e de dignidade enquanto pessoa humana, e a partir dessa mudança paradigmática, cuidar da inclusão da mulher como detentora de seu próprio corpo e sexualidade, como pressuposto de igualdade e liberdade, direitos fundamentais em tese já reconhecidos também a elas, às mulheres, mas ainda não inteiramente assimilados estruturalmente como condicionante *a priori*.

⁸ Dia 28 de Setembro é a data que se declara como Dia de Luta pela Descriminalização do Aborto na América Latina e Caribe, e quando frentes feministas comprometidas com o assunto debatem questões sobre as políticas governamentais a serem ou sendo implementadas. Mais informações *In:* http://www.brasilpost.com.br/jornalismo-de-rede-e-rua/aborto-descriminalizacao_b_8209726.html. Acesso em 28/09/2015

⁹ *In:* http://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/uruguai-apos-legalizacao-desistencia-de-abortos-sobe-30_2e4163764976c410VgnCLD200000b1bf46d0RCRD.html. Acesso em 30/03/2015

Devemos insistir e lembrar sempre que “a tolerância é o preço que temos de pagar por nossa aventura de liberdade” (DWORKIN, 2003, p 234) e que ser mulher é também necessariamente ser em comprometimento de condições efetivamente de igualdade e combate às violências simbólicas ou fáticas. Ser mulher é desde o nascimento também um ato político, inclusive para decisão sobre quando e como parir.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DE MINORIAS EM TEMPOS DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA. Jacarezinho, 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. *O Direito das Mulheres: Uma Abordagem Crítica*. REVISTA ARGUMENTA, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 131-142, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/130> Acesso em: 29 Set. 2015.

BARATTA, Alessandro. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CRÍTICA AO DIREITO PENAL. 3ª ed. São Paulo: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL: *Tomo III*. 2ª ed. (revista) Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA, Nilo. INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A CRIMINOLOGIA RADICAL. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DAHL, Tove Stang. O DIREITO DAS MULHERES: UMA INTRODUÇÃO À TEORIA DO DIREITO FEMINISTA. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1993.

DA ROCHA, Maria Isabel Baltar. *A Questão do Aborto no Brasil: o Debate no Congresso*. ESTUDOS FEMINISTAS, p.381-398, 1996. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16809/15400>> Acesso em 23 Set. 2016.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. ABORTO NO BRASIL: UMA PESQUISA DOMICILIAR COM TÉCNICA DE URNA; Disponível em <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf>>. Acesso em 20 Maio de 2016.

DWORKIN, Ronald. DOMÍNIO DA VIDA. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GIACOIA, Gilberto. *Justiça e Dignidade*. REVISTA ARGUMENTA, Jacarezinho - PR, n. 2, p. 11-31, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86/86>>. Acesso em: 01 Out. 2015.

GWERCMAN, Sérgio. A VIDA NÃO COMEÇA NA FECUNDAÇÃO. *Super Interessante*, Edição 240, p. 24-26, Junho 2007.

LOREA, Roberto Arriada. *Acesso ao Aborto e Liberdades Laicas*. HORIZONTES ANTROPOLÓGICOS, v.12, n. 26, p.185-201, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a08v1226.pdf>> Acesso em 23 Set. 2016.

MIAILLE, Michel. INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO. 2ª Edição. Lisboa: Estampa, 1989.

PINTO, Céli. FEMINISMO E O PODER POLÍTICO NO BRASIL: Uma Relação de Perdas e Ganhos. Palestra proferida em 08 de Junho de 2016 no IV Simpósio Gênero e Políticas Públicas, realizado de 08 a 10 de Junho de 2016 na Universidade Estadual de Londrina (UEL).

PRADO, Danda. O QUE É ABORTO. 1ª Edição. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1985.

PRADO, Luiz Regis. CURSO DE DIREITO PENAL BRASILEIRO – v. 2. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v.240, p.43-82, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43619/44696>> Acesso em 23 Set. 2016.