



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**BIANCA PAULA CHAVES CAVALCANTE**

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL**

**FORTALEZA**

**2017**

BIANCA PAULA CHAVES CAVALCANTE

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

- C364d Cavalcante, Bianca Paula Chaves.  
Descriminalização do aborto no Brasil / Bianca Paula Chaves Cavalcante. – 2017.  
65 f. : il. color.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,  
Curso de Direito, Fortaleza, 2017.  
Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.
1. Direito, aborto, descriminalização, direitos humanos. I. Título.

CDD 340

---

BIANCA PAULA CHAVES CAVALCANTE

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestranda Mariana Urano de Carvalho Caldas  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A todas aquelas que perderam a vida ou sofreram ao recorrer à escuridão da clandestinidade para terem seus direitos de escolha respeitados.

A você, minha mãe, por ser meu maior exemplo de mulher.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pelo dom da vida e por me fazer chegar até aqui. Obrigada pela força diária, pela resiliência nas batalhas e pela fé.

Aos meus pais, que, pelas dificuldades da vida, tiveram que ficar distantes de mim tão cedo, mas, por acreditarem no meu futuro e no que eu sou capaz, aprenderam a lidar com isso, sei que também não é fácil para vocês. Eu sinto falta de vocês todos os dias. Obrigada por tudo. Espero, um dia, poder retribuir tanto amor e dedicação.

Mãe, “nena”, “Maria”, sem o seu amor incondicional, eu com certeza não teria chegado até aqui. Você é minha sustentação nos meus momentos mais difíceis, você é minha âncora. “Sem minha ancora, eu enfrentaria a tempestade sem arma alguma, com certeza eu ficaria perdida, sem rumo, desesperada. Sem minha âncora, eu naufragaria, afogaria, morreria” (Autor Desconhecido). Amo-te.

Ao meu irmão, Paulo Reinério, alicerce do dia a dia, por me fazer acreditar que existe alguém que estará sempre lá por mim. Obrigada por tudo, mais uma vez.

Aos meus nenéns, em especial ao Ralph Dick, por me dar o amor mais puro e verdadeiro. Obrigada por cada dia ao meu lado.

À minha prima, Sabrina Milly, por ser meu guia espiritual, por apoiar-me em todas as minhas escolhas, mesmo as não tão acertadas, por ser a pessoa que sempre acredita em mim e por viver tantas coisas ao meu lado.

Às minhas famílias Chaves e Cavalcante por tanto amor.

Aos meus padrinhos, Ana Célia e Nilson, por serem dois anjos escolhidos por Deus para me acompanhar nessa vida. Tenho muita sorte em ter vocês.

Ao meu orientador, Prof. Me. Raul Nepomuceno, por compartilhar seu conhecimento, sendo um interlocutor paciente e generoso, disposto a oferecer estímulos e ânimo nas questões suscitadas.

A todos os meus amigos que me deram caronas ao longo desses cinco anos de graduação, sem as quais, eu poderia ter desistido no meio do caminho. Vocês ajudaram a

tornar esse percurso um pouco menos doloroso. Em especial, Luiz Gustavo, João Victor e Tais Lemos.

À Defensoria Pública, por despertar em mim paixão, vontade de contribuir de alguma forma para a melhoria na vida dos mais necessitados e esperança em uma justiça melhor. Darei sempre o meu máximo.

A todos os mestres e professores que contribuíram para o meu conhecimento profissional e pessoal.

Às minhas amigas de infância que, apesar da distância, são o verdadeiro significado de amizade e fidelidade: Aliane Lívia, Ivna Freitas, Larisse Matos, Marcela Bezerra e Uli Dantas.

Às organilindas, pelo convívio diário e por serem fonte de energia e gargalhadas.

Aos meus amigos, André Saraiva, Bruna Ponciano, Thaís Rabelo, Laís Limongi, Raniel Rabelo, Rian Neto, Weyder Muniz, e a tanto outros que, de alguma forma, foram importantes durante esses anos de batalha. A vocês, GRATIDÃO.

Com lágrimas, agradeço, por fim, ao meu amigo, *in memoriam*, Lucas Pompeu, que me faz lembrar diariamente do que realmente é importante nessa vida. Que essa vitória possa representar um pedaço da conquista que deveria ser sua. Você é luz.

## RESUMO

O trabalho trata da descriminalização do aborto no Brasil, analisando quais as possíveis conseqüências dessa descriminalização, bem como de que maneira ela deverá ocorrer de forma a conciliar os direitos fundamentais da mulher e do feto. Foram utilizados, nesse estudo, dados estatísticos, teses doutrinárias e análises comparativas com outros países que já descriminalizaram o aborto. Assim, faz-se uma análise dos principais aspectos da polêmica que envolve esse tema, a fim não só de entender os motivos para a permanência dessa criminalização até hoje no ordenamento jurídico brasileiro, como também as possíveis conseqüências de uma descriminalização do aborto no Brasil. Inicialmente, é necessário um estudo do tipo penal que criminaliza o aborto, observando as raízes históricas desse crime, para entender em que contexto jurídico e social o Código Penal de 1940 foi criado. Ademais, esse trabalho explora as principais fontes de polarização na discussão sobre o aborto: o grupo de feministas e religiosos. Examinam-se ainda as diversas teses sobre o momento inicial da vida humana, ponto crucial para a discussão do presente tema. Concluiu-se que a criminalização do aborto não atinge a finalidade de inibir a realização de abortos, mas acaba ferindo de maneira profunda os direitos fundamentais das mulheres, motivo pelo qual se acredita que a descriminalização regulamentada dessa prática, acompanhada de políticas governamentais, irá proteger a vida de mulheres que têm que recorrer à clandestinidade, coadunando, portanto, com os preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Aborto. Direitos Humanos.

## ABSTRACT

This paper deals with the of abortion in Brazil, analyzing the possible consequences of this decriminalization, as well as how it should occur in such a way that reconciles the fundamental rights of women and of the fetus. Statistical data, doctrinal theses and comparative analyzes with other countries that have already decriminalized abortion were used in this study. Thus, an analysis is made of the main aspects of the controversy that surrounds this theme, in order not only to understand the reasons for the permanence of this criminalization to date in the Brazilian legal system, but also the possible consequences of a decriminalization of abortion in the Brazil. Initially, a study of the criminal type that criminalizes abortion is necessary, observing the historical 1940 was created. In addition to that, this paper explores the main sources of polarization in the discussion on abortion: the feminist and religious groups. We also examine the various theses on the initial moment of human life, a crucial point for the discussion of this theme. It has been concluded that decriminalization of abortion does not aim to inhibit abortion, but it ultimately damages women's fundamental rights, which is why it is believed that the regulated decriminalization of abortion, together with government policies, will protect the life of women who have to resort to clandestinity, thus, in line with the fundamental precepts of the Federal Constitution of 1988.

**Keywords:** abortion; human rights.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 O CRIME DO ABORTO: PERSPECTIVAS E ABORDAGENS .....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 O Crime do aborto no Código Penal Brasileiro.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 A criminalização do aborto como manifestação da legislação simbólica .....</b>	<b>138</b>
<b>2.3 Teorias do início da personalidade jurídica. Quando inicia a vida? .....</b>	<b>13</b>
<b>3 POLARIZAÇÃO DE OPINIÕES NA DISCUSSÃO SOBRE O ABORTO .....</b>	<b>30</b>
<b>3.1 Contexto histórico e influencia da religião .....</b>	<b>32</b>
<b>3.2. A luta feminista quanto aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.....</b>	<b>32</b>
<b>3.3 Estudo Comparativo da legislação estrangeira .....</b>	<b>40</b>
<b>4 ABORTO: UMA DISCUSSÃO NECESSÁRIA .....</b>	<b>48</b>
<b>4.1 Direitos fundamentais em conflito .....</b>	<b>48</b>
<b>4.2 Possíveis conseqüências da descriminalização do aborto .....</b>	<b>52</b>
<b>4.3. Uma nova esperança: decisão do STF no julgamento do HC 124306 .....</b>	<b>56</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>63</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O crime do aborto na legislação brasileira é tema considerado polêmico pela sociedade, pois divide as mais calorosas opiniões e envolve direitos elementares dos seres humanos previstos na Constituição Federal, como o direito à vida, dignidade, autonomia e liberdade.

Entretanto, a alta taxa de mortalidade de mulheres que têm que recorrer a abortos clandestinos, bem como os números alarmantes de abortos ilegais realizados no Brasil por ano, demonstram a necessidade de mais debates sobre o tema a fim de solucionar esse problema que se mostra de saúde pública.

A importância deste trabalho, portanto, está na análise dos possíveis impactos que a descriminalização do aborto poderia causar em um país de dimensões continentais como o Brasil. Além disso, demonstra-se de fundamental importância o estudo de uma solução para esse problema, voltado para a análise do tipo penal que infringe os direitos mais intrínsecos das mulheres.

Para atingir esse objetivo, não se pode restringir o estudo somente nos aspectos legais, posto que a complexidade que permeia a temática do aborto apresenta diversos outros elementos multidisciplinares, como clínicos, bioéticos, antropológicos, políticos e ecológicos.

A metodologia adotada possui caráter predominantemente qualitativo, adotando-se o raciocínio dedutivo, embora a análise quantitativa, que será apresentada através da exposição dos mais diversos dados estatísticos, tenha sido essencial para analisar tanto o perfil da mulher brasileira que aborta quanto para ter uma idéia ampla da realidade que cerca o tema do aborto (número de abortos realizados no mundo, número de abortos clandestinos, abortos realizados por país, número de mulheres que morrem por ano por abortos ilegais e número de mulheres que são penalizadas pela prática de abortos ilegais). A técnica utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

Inicia-se o primeiro capítulo discorrendo acerca do tipo penal do aborto, fazendo uma explanação sobre seus aspectos históricos, bem como as características do crime. Assim, abra-se discussão para o aspecto do tipo penal como manifestação da legislação simbólica e para quando se inicia a vida, com abrangência para as terias do início da personalidade jurídica.

No segundo capítulo, busca-se levantar os principais aspectos dos discursos dos grupos de grande influencia na discussão do tema da descriminalização do aborto: as feministas e os religiosos. Para isso, faz-se um breve levantamento histórico da relação desses

grupos com o tema do aborto. Nesse capítulo, estão dispostas, portanto, as principais fontes de polarização de opiniões no estudo desse tema. Assim, demonstra-se de igual importância a exposição do estudo comparativo de alguns países democráticos e suas experiências com a descriminalização do aborto.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, apresentam-se os pressupostos dos direitos fundamentais envolvidos no crime do aborto e quais os possíveis impactos que uma descriminalização do aborto poderia causar no Brasil. Para finalizar e coadunando com todo o exposto no trabalho, faz-se um estudo do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus (HC) 124.306 que, pela primeira vez no Brasil, abriu precedentes para a possibilidade de realização do aborto legal, por decisão da mulher, no primeiro trimestre da gravidez.

Este trabalho tem, portanto, como principal fim, o levantamento de questionamentos acerca da criminalização e possível descriminalização do aborto no Brasil, proporcionando inúmeras reflexões que extrapolam a dogmática penal e alcançam aspectos sociais e os direitos mais fundamentais dos seres humanos.

## 2 O CRIME DO ABORTO: PERSPECTIVAS E ABORDAGENS

Para o estudo de uma possível descriminalização do aborto no Brasil, é necessário, inicialmente, entender a disposição desse crime na atual legislação brasileira, bem como as razões para essa criminalização e para a permanência desse tipo penal até os dias atuais.

### 2.1 O crime do aborto no Código Penal Brasileiro

O crime do aborto apareceu, pela primeira vez, na legislação brasileira, no Código Criminal do Império em 1830, no capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, na seção de infanticídio, nos artigos 199 e 200. Destaca-se que, diferente de como ocorre hoje, nesse código criminal, a prática do auto-aborto não era criminalizada, ou seja, apenas era punido o aborto praticado por terceiro, independente do consentimento da gestante, observe-se:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.  
Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.  
Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.  
Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.  
Penas - dobradas.<sup>1</sup>

Posteriormente, o aborto foi criminalizado no Código Penal Republicano de 1890 que incluiu, pela primeira vez, o crime de auto-aborto, porém esse tinha sua pena atenuada se a finalidade da genitora fosse esconder desonra própria. Esse Código merece destaque por ser o primeiro a indicar a hipótese de aborto legal quando necessário para salvar a vida da gestante. Nesse código, o crime do aborto aparece nos artigos 300 a 302, onde se percebe claramente que o bem jurídico tutelado não era mais somente a segurança da pessoa ou a vida do feto, mas também a honra da mulher, observe-se:

---

<sup>1</sup> BRAZIL. **Código Criminal Do Império Do Brazil**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)> Acesso em: 6 mai. 2017.

CAPITULO IV  
DO ABORTO

Art. 300. Provocar aborto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: – pena de prisão cellullar por dous a seis annos.

No segundo caso: – pena de prisão cellullar por seis mezes a um na no.

§ 1º Si em consequencia do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena – de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o aborto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar aborto com annuencia e accordo da gestante:

Pena – de prisão cellullar por um a cinco annos.

Parapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o aborto legal, ou aborto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena – de prisão cellullar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação.<sup>2</sup>

Atualmente, o crime do aborto, no Brasil, está tipificado no Código Penal de 1940 na parte especial, no Capítulo I – Crimes contra a vida, nos artigos 124 a 128. Observe-se que a Lei Penal não define o que é considerado aborto (etimologicamente, no latim, “privação” é *ab* e “nascimento” *ortus*), sendo este trabalho para as mais diversas doutrinas. Para Fernando Capez<sup>3</sup>, por exemplo, aborto seria:

A interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.

No Código Penal atual, o bem jurídico tutelado é a vida intra-uterina e o direito ao nascimento com vida, ou seja, a tutela desse bem é o objetivo da criação do tipo penal, logo, é um crime de dano, que necessita, para sua configuração, da sua consumação: a interrupção da gravidez com a expulsão do feto do útero, sendo criminalizada a forma tentada. Observe-se que, diferente dos ramos das ciências, o Código Penal não faz distinção entre o que é considerado óvulo fecundado (até dois meses de gestação), embrião (de dois a quatro meses) e feto (de quatro meses até o parto).

<sup>2</sup> BRASIL. **Código Penal Republicano**. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 6 mai. 2017.

<sup>3</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.II. p. 119.

O crime do aborto, no Código Penal atual, está previsto no Título I, Capítulo I, dos Crimes Contra a Vida, nos artigos 124, 125, 127 e 128, que dizem, respectivamente: do autoaborto, aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante, aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante, forma qualificada do aborto e aborto necessário, veja-se:

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:  
Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:  
Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:  
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

**Forma qualificada**

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.<sup>4</sup>

Como se sabe, existem diversos tipos de aborto, como natural, acidental, criminoso ou legal, sendo necessária para esse estudo, a sua diferenciação. O aborto natural é aquele que ocorre de maneira espontânea, decorrente simplesmente de aspectos fisiológicos que afetam a gestante. Já o acidental é o que ocorre em decorrência de um acidente, sem o consentimento da genitora, como ocorre, por exemplo, em um acidente de carro. Já o aborto criminoso refere-se aos tipos previstos de forma ilegal no Código Penal, o que será posteriormente explanado. Por fim, o aborto legal também está previsto na legislação penal e trata dos casos em que, se ocorrerem, o crime não terá se configurado, por serem considerados justificáveis ou terapêuticos.

Porém, o interesse penal é limitado ao aborto legal ou criminoso nos casos de gravidez normal. Paulo José da Costa Júnior<sup>5</sup> menciona:

<sup>4</sup> BRASIL. **Código Penal de 1940**. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)> Acesso em: 6 mai. 2017.

<sup>5</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Comentado**, 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2008. p. 390.

Para que se configure o abortamento, a gravidez deverá ser normal. A interrupção da gravidez extra-uterina (no ovário, fímbria, trompas ou na parede uterina) ou a da gravidez molar (formação degenerativa do óvulo fecundado) não configuram aborto, uma vez que o produto da concepção não atinge vida própria.

Observe-se ainda que não é possível a punição da forma culposa do aborto, ou seja, este somente é possível na sua forma dolosa, nos moldes do artigo 18 do Código Penal. Neste sentido, Júlio Fabbrini Mirabete<sup>6</sup> afirma que não há crime de aborto culposo e, assim, a imprudência de mulher grávida que causa o aborto responde apenas por lesão corporal culposa.

Logo, o sujeito do crime do aborto vai variar de acordo com a modalidade do crime praticado. Explica-se:

Para a prática do autoaborto, previsto no art. 124 do CP, conforme já demonstrado, é necessário que todos os atos executórios sejam realizados pela própria gestante, o auxílio de terceiro pode ocorrer, limitando-se somente ao fornecimento de instrumentos necessários para a sua prática. Luís Regis Prado<sup>7</sup> esclarece não ser possível a co-autoria no autoaborto, mas somente a participação. O terceiro que realiza aborto consentido pela gestante é autor do delito do art. 126. A distinção reside no fato do partícipe que induz, instiga ou auxilia a gestante a realizar o aborto, respondendo pela participação no delito do art. 124; porém, se concorre de qualquer modo para a provocação do aborto, responderá como partícipe do crime do artigo 126 do Código Penal. Essa previsão é considerada uma exceção a Teoria Monista adotada pelo Código Penal Brasileiro.

Já no artigo 125, também conhecido como “aborto consentido”, são co-autores a gestante e o terceiro. Paulo José da Costa Júnior<sup>8</sup> afirma que a gestante não se limita a tolerar a prática abortiva, mas coopera com ela. “A mulher não permanece inerte, pois exercita os movimentos necessários e se coloca em posição ginecológica”. Lembra ainda que o consentimento é parte necessária para a consumação desse crime.

Sobre o crime do aborto, ainda merece destaque a previsão do aborto necessário e sentimental (humanitário e ético) dispostos no artigo 128 do Código Penal, pois se trata de uma exceção à regra geral de criminalização do aborto, ou seja, são hipóteses em que há excludente de ilicitude ou antijuridicidade, não podendo a gestante ou o terceiro (médico) serem penalizados pela prática do aborto.

---

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. São Paulo: 2007, p.69. v..2.

<sup>7</sup> PRADO, Luis Regis. **Curso Brasileiro de Direito Penal**: parte Especial. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 117. v. 2.

<sup>8</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 390.

Isso ocorre porque, neste caso, há uma ponderação entre o direito à vida do feto e o direito da mulher gestante diante do que se considera um estado de necessidade, em que, aplicando-se o Princípio da Proporcionalidade, protege-se o direito da mãe, por ser considerada a sua morte um mal menor do que a morte de um feto.

Fazendo-se uma análise do Código Penal, percebe-se, sem muita dificuldade, que este confere maior valor à vida humana extrauterina do que à intrauterina, pois, tomando como exemplo o crime do homicídio, este tem a pena, em sua modalidade simples, de reclusão de 6 (seis) meses a 20 (vinte) anos, enquanto o aborto praticado sem o consentimento da mulher é de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Para Nelson Hungria<sup>9</sup>, o aborto necessário (ou terapêutico) é definido como “(...) a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo e inevitável por outro modo, à vida da gestante”. Neste sentido, dispõe Genival Veloso França<sup>10</sup>:

O estado de necessidade de terceiro que outorga ao médico o direito de praticar o aborto terapêutico deve ser aludido quando: 1 – a mãe apresenta perigo vital; 2 – este perigo esteja sob a dependência direta da gravidez; 3 – a interrupção da gravidez faça cessar esse perigo para a vida da mãe; 4 – esse procedimento seja o único meio capaz de salvar a vida da gestante; 5 – sempre que possível, com a confirmação ou concordância de outros dois colegas.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci<sup>11</sup> dispõe que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, e por tal razão é perfeitamente admissível o abortamento em circunstâncias excepcionais para preservar a vida digna da gestante.

O aborto humanitário foi um tipo criado a fim de proteger a integridade psicofísica da mulher violentada, valor esse corolário da dignidade humana, considerando que a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de uma criança advinda de coito violento, indesejado, além de se tornar refém dos riscos de problemas de saúde mental, hereditários, que podem se manifestar na criança, fruto de uma relação muitas vezes doentia, violenta e criminosa.<sup>12</sup> No mesmo sentido, pode-se afirmar que, em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a da mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São os dois valores fundamentais, mas é mais indicado preservar aquele já existente.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Hungria, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 271-2.

<sup>10</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. p. 731.

<sup>11</sup> Nucci, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo. Editora: RT, 2013. Pág. 128.

<sup>12</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. v. III, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012 p. 805.

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 658.

Salienta-se que o aborto necessário independe do consentimento de familiares ou da gestante, sendo necessária somente a constatação do médico de que inexistente outro meio para salvar a vida da gestante.

Porém, no caso do aborto humanitário, aquele decorrente de estupro, é estritamente necessário o consentimento da gestante ou de seu representante legal, se incapaz, não podendo o médico fazê-lo por decisão própria em nenhuma hipótese. Entretanto pode haver uma relativização no caso da gestante que se encontre em perigo de morte.

Observe-se que, nesses dois tipos de abortos, o procedimento abortivo só pode ser realizado pelo médico responsável, sem possibilidade de utilização do princípio da “*analogia in bonam partem*” para que outros profissionais, mesmo que enfermeiros, possam realizar tal procedimento. Isso ocorre porque, para a medicina, somente o médico é capaz de determinar se a gestante pode ou não ser salva com a realização do aborto.

Em relação ao aborto humanitário ou ético, Nelson Hungria<sup>14</sup> dispõe que “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida”. Ou seja, a colocação desta hipótese lícita de aborto representa a concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na figura da mulher que foi violentada.

Destaca-se que o Ministério da Saúde editou Norma técnica sobre prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes a fim de esclarecer que é dispensável a apresentação de Boletim de Ocorrência (BO) como condição para a realização do abortamento legal:

De acordo com o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 128, inciso II do Código Penal brasileiro, o abortamento é permitido quando a gravidez resulta de estupro ou, por analogia, de outra forma de violência sexual. Constitui um direito da mulher, que tem garantido, pela Constituição Federal e pelas Normas Internacionais de Direitos Humanos pelo ECA, no Capítulo I: do Direito à Vida e à Saúde, o direito à integral assistência médica e à plena garantia de sua saúde sexual e reprodutiva.

69. PREVENÇÃO E TRATAMENTO DOS AGRAVOS RESULTANTES DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES E ADOLESCENTES O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesse caso, a não ser o consentimento da mulher. Assim, a mulher que sofre violência sexual não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento. O Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência, deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como presunção de veracidade. O objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde, portanto não cabe ao profissional de saúde duvidar da palavra da vítima, o que agravaria ainda mais as consequências da violência sofrida. Seus procedimentos não devem ser confundidos com os procedimentos reservados a Polícia ou Justiça.

<sup>14</sup> Hungria, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1942. p 554.

Caso revele-se, após o abortamento, que a gravidez não foi resultado de violência sexual, o Código Penal brasileiro, artigo 20, § 1º, afirma que “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Assim, se todas as cautelas procedimentais foram cumpridas pelo serviço de saúde, no caso de verificar-se, posteriormente, a inverdade da alegação de violência sexual somente a gestante, em tal caso, responderá criminalmente pelo crime de aborto.<sup>15</sup>

São requisitos para esse tipo de aborto o consentimento da mulher grávida e que a gravidez tenha sido resultado de estupro, não importa o tempo de gestação para a realização desse aborto, e também é desnecessária autorização judicial para a realização do aborto, porém deve haver provas suficientes para averiguar a veracidade das informações. Nesse caso, se o médico for induzido a erro, ele não responde por nenhum tipo penal, pois incorre em erro de tipo, o qual exclui o dolo.

O aborto necessário e humanitário foi, durante muito tempo, criticado pela sociedade, sendo até mesmo considerado inconstitucional por alguns doutrinadores, como Maria Helena Diniz<sup>16</sup> e Guilherme de Souza Nucci<sup>17</sup>, por afrontar aos direitos do feto (direito à vida, ao nascimento etc). Entretanto, essa discussão foi superada pela decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, quando foi declarada inconstitucional a interpretação de que aborto de feto anencéfalo constitui crime, pois o produto da gravidez não teria potencial de vida, não existindo bem jurídico a ser tutelado pela tipificação.

Merece destaque ainda o aborto eugenésico, eugênico ou piedoso, que é o aborto realizado quando se detecta que a criança irá nascer com deformidades ou doenças incuráveis. Genival França<sup>18</sup> explica:

Atualmente, vem-se insistindo na interrupção da gravidez até a 24ª semana, por indicação médica, nas gestantes cujo produto da concepção seja portador de condições capazes de determinar alteração patológica incompatível com a plenitude de vida e sua integração na sociedade. Consideram alterações patológicas incompatíveis com a plenitude de vida e integridade social aquelas que ocasionam retardo mental de tal intensidade que causem dependência física e socioeconômica do indivíduo; alterações do sistema nervoso e/ou osteomuscular por aberrações cromossômicas desequilibradas, em diversas doenças gênicas e em fetos que sofreram a ação de agentes físicos, químicos de comprovado potencial teratogênico.

<sup>15</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma técnica sobre prevenção e Tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**. 3 ed. Brasília: Editora MS, 2012 Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf)> Acesso em: 21abr. 2017. p. 69,70.

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.58.

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 662.

<sup>18</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. Rio De Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. p. 758.

A palavra “eugenia” significa “*purificação de raças*”, sendo considerada uma herança dos nazistas do governo de Hitler, que matou mais de 6 milhões de judeus, por isso não é bem aceita pela sociedade em geral. Esse tipo de aborto não é permitido na legislação brasileira, porém existem muitas decisões judiciais que permitiram esse tipo de aborto por má formação congênita do feto.

## **2.2 A criminalização do aborto como manifestação da legislação simbólica**

A descriminalização do aborto é tema polêmico que desperta inúmeras opiniões divergentes e inúmeros debates em todos os países do mundo, e, no Brasil, não poderia ser diferente. Assim, saber quais foram as intenções do legislador ao criminalizar essa prática e quais fatores, na época, influenciaram nessa valoração são questões fundamentais para entender a permanência desse tipo penal nos dias de hoje, visto que a criminalização do aborto revela características históricas e atuais de uma sociedade.

A discussão sobre a criminalização do aborto requer uma reflexão complexa, pois envolve os conceitos de vida e morte, tão dificilmente e complicadamente debatidos pela sociedade, além de envolver diversos aspectos religiosos, políticos e sociais. Dessa forma, acaba sendo mais fácil para as pessoas evitar pensar no assunto do que refletir e estudá-lo a fim de chegar a uma conclusão acerca do tema.

Conforme supracitado, o aborto foi criminalizado no Brasil, pela primeira vez, no Código Penal de 1830. Nessa época, importante ressaltar, a mulher não detinha o controle de seu próprio corpo, e o sexo para ela deveria ser somente para reprodução da família, jamais como forma de prazer. Hoje em dia, apesar de quase dois séculos depois, o Estado ainda detém o controle do corpo da mulher e da formação das famílias, ainda que de forma indireta, tanto é que a criminalização do aborto já foi utilizada como forma de controlar o crescimento populacional, seja por razões médicas ou sociais, como ocorreu em Cingapura e na Tunísia, onde o principal motivo para essa descriminalização foi a necessidade de reduzir a taxa de natalidade. Assim, a mulher, apesar de grande luta no cenário internacional, ainda não detém o poder completo sobre seu corpo e suas vontades.

Além disso, o Brasil continua sendo uma sociedade hegemonicamente cristã, e, apesar de ter, em sua constituição, a laicidade como princípio norteador, a influência da religião cristã está presente nas mais diversas decisões dos três poderes constitucionais, o que será posteriormente explanado. Assim, é facilmente perceptível que as religiões,

principalmente as cristãs no Brasil, têm grande influência na forma de organização social e na forma da criação das leis, cenário este da criação do Código Penal de 1830.

Esse fato é facilmente constatado através de uma análise do perfil religioso dos representantes da sociedade na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Um levantamento realizado pelo Portal de Notícias G1<sup>19</sup>, Organizações da Globo, com questionário aplicado aos deputados reeleitos e novos eleitos que tomaram posse na Câmara Federal em 1 de fevereiro de 2015, indicou que o Catolicismo é a confissão de fé predominante entre os 513 parlamentares. De 421 deputados que responderam as questões propostas, 300 (71,2%) se declararam católicos, outros 68 (16%) afirmaram ser evangélicos, oito (1,9%) disseram ser adeptos do espiritismo e apenas um deputado (0,23%) afirmou ser judeu. Outros 14 (3,3%) afirmaram ser cristãos, mas não especificaram se seguem alguma igreja ou religião. Dois (0,47%) disseram seguir todas as religiões, enquanto 19 (4,51%) alegaram não pertencer a religião alguma.

Nessa mesma pesquisa, ao serem questionados se são favoráveis ao aborto, as respostas foram: 53% dos representantes responderam que somente nas situações atualmente previstas em lei (271 parlamentares), 18% responderam que em mais situações (90 parlamentares), 11% afirmaram ser favoráveis ao aborto em menos situações (do que atualmente previsto) ou em nenhuma situação (58 parlamentares) e 18% não responderam (94 parlamentares).

No Código Penal atual, esse crime tem como objeto jurídico a tutela do direito a vida do nascituro ou feto. Mas o que se percebe é que, na realidade, a criminalização e a continuidade dessa criminalização não visam diretamente proteger o direito a vida do nascituro, mas somente dar continuidade a um valor histórico e religioso de como deve ser a vida da mulher e da família brasileira. Ou seja, os legisladores não estão somente preocupados com o que essa norma provoca na realidade das mulheres (aspecto concreto), mas sim em se estão atendendo os anseios das famílias tradicionais cristãs brasileiras (aspecto abstrato), afinal parece mais fácil para um membro do legislativo manter-se inerte em situações polêmicas como o aborto e manter seus votos, sem oposições, do que debater uma questão que se mostra ser um problema de saúde pública.

Marcelo Neves, com apoio da tipologia elaborada por Harald Kindermann, define a legislação simbólica como aquela em que há o predomínio da função simbólica, ou político-

---

<sup>19</sup> LEVANTAMENTO do G1 mostra o que pensa a nova Câmara sobre 12 temas. **Portal G1**, 31 jan. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/01/levantamento-do-g1-mostra-o-que-pensa-nova-camara-sobre-12-temas.html>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ideológica, sobre a função jurídico-instrumental (de caráter normativo-jurídico) da norma. Marcelo Neves<sup>20</sup> assim define esse tipo de legislação “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.”

Ou seja, esse fenômeno ocorre quando o legislador cria, ou faz permanecer em vigor, uma norma ineficaz em termos práticos, em que o valor político do texto jurídico prevalece sobre o real objetivo da norma. Assim, o interesse do legislador é voltado para afirmar cumplicidade com determinados valores que são adeptos da maioria dos seus eleitores na sociedade.

Segundo Kindermann<sup>21</sup>, a legislação simbólica pode apresentar, entre outros objetivos, o de servir como confirmação de valores sociais. Assim, o legislador toma certos posicionamentos de acordo com os valores defendidos pela maioria da sociedade. Isso geralmente ocorre em assuntos que revelam conflitos sociais polêmicos, como o aborto e o direito dos homossexuais. Para Marcelo Neves<sup>22</sup>, esse tipo de lei serve “basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores e interesses”. Ou seja, a prioridade nesse caso é a confirmação de valores sociais, sendo irrelevante a eficácia normativa da lei.

Paralelamente, a maioria da sociedade que tem suas expectativas atendidas vê essa legislação como uma confirmação de sua vitória e, conseqüentemente, de seu valor social, sem demonstrar maior interesse pela eficácia normativa da lei. Logo, para essas pessoas, o medo da norma perder sua eficácia reside na decadência de determinado valor social. No caso do aborto, por exemplo, muitas pessoas não estão pensando, em primeiro lugar, na proteção da vida do feto, pois, para muitos, nos primeiros meses de gestação não há vida, porém não podem aceitar o aborto nessa fase, por representar a decadência do valor que buscam defender.

Dessa forma, essa legislação simbólica implica, em determinados casos, em uma representação irreal da realidade social, servindo para imunizar os membros do Poder Legislativo de debates polêmicos, que poderiam prejudicá-los na política que cerca o dia a dia das casas parlamentares. Com isso, os problemas da minoria da sociedade permanecem inalterados, e o caminho para mudanças sociais torna-se dificultado.

---

<sup>20</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 30.

<sup>21</sup> KINDERMANN, 1988 apud NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 34.

<sup>22</sup> NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 36.

Assim, o tema da descriminalização do aborto não deve permanecer inerte, visto que a sociedade não é mais a mesma daquela de 1940 (ano em que foi feito o atual Código Penal Brasileiro) e muito menos de 1830. A sociedade mudou, o papel da mulher na sociedade também mudou, e os valores sociais não são mais os mesmos. Além disso, a Constituição Federal de 1988 instituiu a laicidade das normas jurídicas, sendo desrazoável a permanência de tipos penais que possuem valores intrinsecamente religiosos, apesar de a sociedade brasileira ainda ser reconhecidamente de maioria cristã.

Logo, é necessário que tanto a sociedade quanto os representantes do povo encarem a legalização regularizada do aborto a fim de atender a realidade social dos dias atuais, em que a própria medicina instituiu, de maneira geral, o começo da vida a partir do terceiro mês de gestação, conforme será explanado. Assim, será que a permanência da criminalização do aborto em qualquer período da gestação continua atendendo a sua finalidade normativa?

O que se nota, na realidade, e que já é comprovado por diversos estudos, é que a existência do tipo penal não está adiantando para reduzir o número de abortos. No Brasil são cerca de 1 (um) milhão de abortos por ano. Uma em cada cinco mulheres já fez, ao menos, um aborto, e, a cada dois dias, morre uma mulher vítima de aborto ilegal no Brasil. O que se percebe é que a lei penal não é eficaz para evitar abortos, mas somente mantê-los na clandestinidade.

Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) <sup>23</sup> feita pela Universidade de Brasília e pelo Instituto de Bioética (Anis), em um levantamento por amostragem aleatória de domicílios, realizado em 2010, feita com mulheres com idades entre 18 e 39 anos em todo o Brasil demonstrou que “o aborto é tão comum no Brasil que, ao completar quarenta anos, mais de uma em cada cinco mulheres já fez aborto”. O estudo chegou a seguinte conclusão “Um fenômeno tão comum e com consequências de saúde tão importantes coloca o aborto em posição de prioridade na agenda de saúde pública nacional”.

Resta demonstrado que a existência da lei penal não determina se uma mulher irá ou não realizar o aborto, somente o torna clandestino, causando a morte de milhares de mulheres por ano no Brasil. Quem quer abortar, não deixa de fazê-lo por causa da lei penal. Afinal, é uma decisão pessoal de cada um.

---

<sup>23</sup> DINIZ, Débora; 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: 2 jun. 2017.

Drauzio Varella<sup>24</sup>, médico e escritor brasileiro, é categórico: “O aborto já é livre no Brasil. É só ter dinheiro para fazer em condições até razoáveis. Todo o resto é falsidade. Todo o resto é hipocrisia.”, o que é mais um demonstrativo da concepção valorativa que a tipificação penal do aborto possui no Brasil.

Todos os fatos acima citados enfatizam que o modelo atual de criminalização do aborto no Brasil representa, atualmente, uma legislação simbólica voltada para defender questões culturais e políticas da sociedade brasileira, e não proteger uma vida em potencial.

Daniel Sarmiento<sup>25</sup> institui acerca da lei penal que criminaliza o aborto:

Se estas têm eficácia preventiva mínima, e quase não evitam os abortos, elas produzem um efeito colateral amplamente conhecido e absolutamente desastroso: levam todo ano centenas de milhares de gestantes, sobretudo as mais pobres, a submeterem-se a procedimentos clandestinos, realizados no mais das vezes sem as mínimas condições de segurança e higiene, com graves riscos para suas vidas e saúde.”. Continua “A prova mais eloqüente de que a proibição legal e a criminalização do aborto não impedem a prática que estigmatizam são as estimativas alarmantes sobre números anuais de abortamentos clandestinos no país. É verdade que, em razão da ilegalidade do aborto no Brasil, não existem dados oficiais sobre seu número. Mas a Rede Feminista de Saúde, empregando metodologia científica baseada na quantidade de procedimentos de curetagem pós-aborto realizados por ano no SUS, estimou que o total anual de abortos clandestinos ocorridos no país, entre 1999 e 2002, seja algo entre 705.600 e 1.008.000 69.

Além disso, a inefetividade desse crime reside ainda no fato de que mesmo aquelas que fazem o aborto não são penalizadas. Em uma média de 1 milhão de abortos por ano no Brasil, no ano de 2013, por exemplo, somente foram presas 33 mulheres pelo crime de aborto, conforme levantamento do Estado em 22 unidades da federação.<sup>26</sup>

Ou seja, a criminalização do aborto, além de não evitar sua prática, coloca em risco inúmeras mulheres que buscam a clandestinidade, para a realização de um aborto ilegal e, na maioria das vezes, inseguro principalmente para as mulheres mais pobres.

### 2.3 Teorias do início da personalidade jurídica. Quando inicia a vida?

Conforme anteriormente aduzido, o bem jurídico tutelado, no crime do aborto, é o direito à vida do nascituro, e é esse o sujeito passivo do crime caso haja a sua consumação.

<sup>24</sup> ‘ABORTO já é livre no Brasil. Proibir é punir quem não tem dinheiro’ diz Drauzio Varella. **BBC**, 2 fev, 2016. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160201\\_drauzio\\_aborto\\_rs](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160201_drauzio_aborto_rs). Acesso em: 31 mai. 2017.

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em: [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982\\_342\\_abortosarmenodaniel.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmenodaniel.pdf)>. Acesso em: 7 abr. 2017.

<sup>26</sup> 33 mulheres foram presas por aborto em 2014. **Revista Exame**, 22 dez. 2014. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/33-mulheres-foram-presas-por-aborto-em-2014/>. Acesso em: 31 mai. 2017.

Assim, para tratar do tema, é de fundamental importância a discussão do início da vida e, conseqüentemente, de quem é pessoa e quem é detentor de personalidade jurídica.

A palavra “nascituro” tem origem no latim “*nasciturus*” e significa “aquele que deverá nascer, que está por nascer”, conforme Francisco da Silveira Bueno<sup>27</sup>, logo, o nascituro é o ente já concebido, porém que não nasceu ainda. Importante destacar que nascituro é ser necessariamente intrauterino, não sendo considerado nascituro o embrião decorrente da fertilização *in vitro*. Também não se deve confundir o nascituro com a prole eventual, visto que essa ainda não fora concebida, sendo um evento futuro e incerto, enquanto aquele já foi concebido e deverá nascer.

Já o conceito de pessoa, natural ou física, é o ser humano, independente do sexo. Essa palavra é derivada do latim “*persona*”, que traz a idéia de máscara de teatro, e representava o papel desempenhado pelos atores em determinado cenário, assim essa palavra começou a ser usada para representar a atuação de cada indivíduo no panorama jurídico da sociedade<sup>28</sup>.

Maria Helena Diniz<sup>29</sup> conceitua:

Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direitos. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

Já o conceito de personalidade jurídica<sup>30</sup> advém de um tributo da pessoa, ou seja, a pessoa é dotada de personalidade se está apta para titularizar direitos e obrigações, sendo atributo necessário para ser sujeito de direito. O artigo 2º do Código Civil Brasileiro assim trata sobre personalidade jurídica: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Deste artigo, extrai-se que o marco inicial da personalidade jurídica, para o ordenamento jurídico brasileiro, é o nascimento com vida. O nascimento ocorre quando há a separação da criança do ventre materno, independente da forma que tenha ocorrido o parto. Porém, é necessário que haja a respiração do recém-nascido (presença de ar nos pulmões, detectado através de um procedimento médico denominado *docimasia hidrostática de Galeno* ou *dicimasia pulmonar*) para comprovar que houve o nascimento com vida, mesmo que o

<sup>27</sup> BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico prosódico da língua portuguesa**. 1960. p. 115.

<sup>28</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56.

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do direito civil**. 34 ed. Saraiva, 2017. p. 114.

<sup>30</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. v. 1. Brasiliense, 2004. p. 88.

tempo de respiração tenha sido muito curto, nesse caso, o bebê terá certidão de nascimento e de óbito.

Importante destacar que o conceito de nascimento pode variar a cada país, sendo necessário, além do nascimento com vida, o preenchimento de demais requisitos. Na Espanha, por exemplo, o recém-nascido só será considerado pessoa se, além de nascer com vida, possuir forma humana e sobreviver, no mínimo, 24 horas após o parto.

O artigo 2º do Código Civil retrata a divergência em que se insere o ordenamento jurídico brasileiro quanto a proteção dos direitos da pessoa, pois determina o início da personalidade jurídica com o nascimento com vida, porém resguarda, desde sua concepção, os direitos do nascituro. Assim, diante das divergências quanto ao início da personalidade civil, surgiram três correntes doutrinárias acerca do início da personalidade jurídica do nascituro, sendo elas de fundamental importância para o presente estudo, são elas: natalista, concepcionista e personalidade condicional.

A doutrina majoritária institui que a Teoria Natalista é a adotada no Brasil, com base no artigo 2º do Código Civil de 2002, e institui que a personalidade jurídica inicia com o nascimento com vida, não existindo direito antes disso, somente expectativa de Direito, por isso, devem ser resguardados. Acredita-se que só existe expectativa de Direito tendo em vista que os efeitos jurídicos desses direitos só podem emergir a partir do nascimento com vida.

Assim sendo, leciona Sérgio Abdala Semião<sup>31</sup> em sua obra:

Afirmam os natalistas que antes de nascer não é homem o fruto do corpo humano e não tem personalidade jurídica. Todavia, no período que decorre entre a concepção e o nascimento, existe uma expectativa de personalidade, por isso é punido o aborto provocado. Tanto as leis penais como as leis civis reservam e acautelam direitos para o caso em que o nascituro venha à vida extra-uterina. A lei considera a esperança de homem (expectativa de personalidade) como ente ao qual é justo conservar os direitos que, com o seu nascimento e existência como pessoa, lhes serão admitidos na qualidade de direitos.

Para sustentar essa teoria, seus estudiosos utilizam como exemplo o Crime do Aborto no Código Penal, por esse ser menos gravoso, em termos de pena, do que o crime de homicídio, por exemplo, o que demonstra uma diferença entre os bens jurídicos tutelados, logo o nascituro não é pessoa.

Já para os estudiosos da Teoria Conceptionista, de forte influência do Direito Francês, a personalidade jurídica é adquirida antes do nascimento, pois seu marco inicial é a concepção. Logo, não é preciso que haja o nascimento com vida para que o nascituro seja considerado pessoa.

---

<sup>31</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.34.

A concepção é conceituada como o encontro do espermatozóide com o óvulo, momento em que ocorre a fecundação, inicia-se o período gestacional e, conseqüentemente, a personalidade do indivíduo que será gerado.

Os adeptos dessa teoria, como Pontes de Miranda, Flávio Tartuce e Maria Helena Diniz, sustentam sua teoria na idéia de que só quem é capaz de ter direitos é detentor de personalidade jurídica, logo, se o nascituro tem direitos (direito à vida, direito aos alimentos, direito a danos morais, por exemplo), conseqüentemente, tem personalidade jurídica. Além disso, ressaltam que o crime do aborto tem como objetivo resguardar o direito à vida do nascituro, e esse crime está enquadrado no Capítulo dos Crimes contra a Pessoa, logo, se o nascituro é pessoa, também é detentor de personalidade jurídica. Cita-se o entendimento da Doutrinadora Silmara Chinelato<sup>32</sup>:

Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um status ou um direito, ainda sim forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque não há direito ou status sem sujeito, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a certos e determinados direitos particularmente considerados.

Se o Direito Brasileiro fosse adepto dessa teoria, não poderia ocorrer as pesquisas com embriões, mesmo que fertilizados *in vitro*, tendo em vista que o embrião já seria considerado pessoa, e isto implicaria no Crime do Aborto.

Ademais, ao contrário da Teoria Natalista que conceitua um rol taxativo de direitos assegurados ao nascituro, a Teoria Concepcionista afirma que eles têm direito a tudo o que for compatível na legislação com sua condição de *conceptus*. Esse entendimento já fora utilizado para embasar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, veja-se:

Seguro-obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito à percepção da indenização. **O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais.** Apelação a que se dá provimento. (TJRS, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70002027910, rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. 28.3.2001) (grifo nosso).<sup>33</sup>

AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. NASCITURO. MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. 1. O nascituro, provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, está coberto pelo seguro DPVAT, visto que seu bem-estar é assegurado pelo ordenamento pátrio. É devido o pagamento da indenização no caso de interrupção da gravidez e morte causadas por acidente de trânsito. Precedentes das Turmas Recursais. 2. Aplicação da Súmula 14 das Turmas Recursais Cíveis, revisada em 24/04/2008.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 168.

<sup>33</sup> BRASIL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70002027910, rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. 28.3.2001. Ementa. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21345325/recurso-civel-71003041936-rs-tjrs/inteiro-teor-21345326>. Acesso em: 31 mai. 2017..

RECURSO IMPROVIDO. (TJ-RS - Recurso Cível: 71003041936 RS, Relator: Eduardo Kraemer, Data de Julgamento: 29/02/2012, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/03/2012<sup>34</sup>

Por último, a Teoria da Personalidade Condicional afirma que a personalidade jurídica do nascituro inicia sim com a concepção, porém, sua personalidade fica dependendo de uma condição ou situação suspensiva, qual seja o nascimento com vida. São adeptos dessa teoria Fábio Ulhoa Coelho e Washington de Barros Monteiro.

Para seus estudiosos, verificado o nascimento com vida, a personalidade jurídica do nascituro, que estava suspensa, retroagirá ao momento da concepção.

Porém, doutrina majoritária acredita que o Brasil adota a Teoria Natalista no Código Civil de 2002, ou seja, pretende-se defender o direito ao nascimento com vida do nascituro. Assim, o objetivo da criminalização do aborto é a proteção da vida do ser que irá nascer. O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 protege o direito à vida, porém não estabelece quando esta vida teria início.

O crime do aborto, como está disposto hoje, demonstra que, para o mundo jurídico, o início da vida ocorre na nos primeiros dias da gestação, por isso o aborto não poderia ser permitido, de modo geral. Porém, com o avanço da medicina, vêm-se abrindo espaço para a possibilidade de realização de aborto legal principalmente até o final do primeiro trimestre de gestação.

O início da vida é assunto divergente e que possui inúmeras perspectivas diferentes. Tanto é que, na I Conferencia Internacional do Aborto, ocorrida em Washington no ano de 1967, reuniu-se um grupo formado por médicos (obstetras e ginecologistas), professores e bioquímicos, e, mesmo assim, não conseguiram chegar a uma conclusão sobre quando começa a vida. Por sua tamanha importância, explica-se de forma resumida o que ocorre nos primeiros momentos após a fertilização:

Os espermatozóides recém ejaculados só serão capazes de fecundar o óvulo após o processo de “ativação”, que é um processo que eles sofrem durante aproximadamente 7 horas. Após essa fase, os espermatozóides serão capazes de penetrar na zona pelúcida, que envolve o óvulo, para fecundá-lo.

Com isso, inicia-se a fase de fertilização, onde há a fusão dos núcleos do espermatozóide e do óvulo e a mistura dos cromossomos maternos e paternos, ou união dos gametas, o que forma o zigoto, que é célula única, contendo 23 cromossomos, e que se

---

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. Recurso Cível: 71003041936 RS, Relator: Eduardo Kraemer, Data de Julgamento: 29/02/2012, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/03/2012. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21345325/recurso-civil-71003041936-rs-tjrs/inteiro-teor-21345326>. Acesso em: 7 mai. 2017.

transformará em um ser humano multicelular. Para uma doutrina minoritária, é aqui que se inicia a vida, tendo em vista que é formada a célula contendo o material genético único, que o diferenciará de qualquer outro ser humano.

O zigoto sofrerá uma série de divisões (clivagem), originando novas células menores, denominadas de blastômeros. Após 72 horas da fecundação, terão se formado aproximadamente 16 blastômeros, o que será agora chamado de mórula, e sofrerá uma nova divisão, que formará a placenta, as membranas embrionárias e o próprio embrião.

Aproximadamente após o 14º dia da fecundação, ocorre o processo de “nidação”, que é quando o aglomerado de células formadas até então entra na camada endometrial do útero para aderir a ela, onde permanecerá até o final da gestação e de onde se extrairá a nutrição do embrião. É somente a partir dessa fase que irá ocorrer o processo de transformação dos hormônios no corpo da mulher, sendo possível agora determinar a gravidez com a presença do hormônio beta-HCG.

Para muitos estudiosos (cientistas, médicos e biólogos), esse é o momento em que se inicia a vida, pois, antes da nidação, não há ainda o nascituro e, conseqüentemente, não pode ser considerada pessoa. Importante destacar que essa teoria é a aceita pela Escola Natalista, pois se considera o nascituro como parte das vísceras maternas.

Tanto é que o uso dos Dispositivos Intra-Uterinos (DIU) e das pílulas anticoncepcionais não são considerados práticas abortivas, pois as pílulas anticoncepcionais do tipo anovulatórios orais ou, como é popularmente conhecida “pílula do dia seguinte” impede a ovulação através de modificações feitas na composição do muco cervical, enquanto o uso do DIU impede a entrada do espermatozóide na cavidade uterina, ou seja, ambos procedimentos agem antes da nidação.<sup>35</sup>

Porém, essa teoria é criticada por ser a nidação uma fase obrigatória, mas não suficiente no processo biológico para o desenvolvimento humano. Logo, para os críticos, qualquer processo biológico animal seria motivo para considerar existência de vida humana.

Maria Auxiliadora Minahim<sup>36</sup> assim critica essa escolha para definir a existência do ser humano, exemplificando que poderia ter sido eleito qualquer outro critério como no “décimo terceiro ou décimo quarto dia, quando aparece a linha primitiva que se cava para

---

<sup>35</sup> PRADO, Luíz Regis. **Curso Brasileiro de Direito Penal**. v. 2. Parte Especial, Arts. 121 a 183. 5 ed. Ver., atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>36</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O Direito Penal na regulação da vida e da morte ante a biotecnologia**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. p. 74. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34756/R%20-%20T%20-%20MARIA%20AUXILIADORA%20MINAHIM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

formar o canal, ou o décimo oitavo dia, quando começam os movimentos circulares que resultam na placa neural?”.

Adeptos de outra teoria defendem que só há vida humana a partir de uma perspectiva biológico-evolutiva, que é quando inicia a atividade cerebral no terceiro mês de gravidez, com a formação dos hemisférios cerebrais, sendo agora possível distinguir aquele organismo como um organismo humano. É com a formação do sistema nervoso central que o embrião pode ter sensibilidade, ou seja, percepção de dor ou prazer.

Defendem essa teoria com o argumento que a cessação da atividade cortical superior é demarcação do fim da vida humano, portanto, seria correto adotar posicionamento igual para considerar o início da vida, essa teoria é a adotada nos Estados Unidos da América.

Essa teoria, com o avanço das ciências, vem tomando maiores seguidores pelo mundo. Ronald Dworkin<sup>37</sup> entende irrazoável pensar que “um feto tem interesses próprios a partir do momento da concepção, porque não existe ainda tal pensamento no feto”. Continua:

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. 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 qual fluem os receptores nervosos periféricos, e seu neocórtex ainda em desenvolvimento; e, embora a ciência ainda desconheça o momento exato em que se estabelece essa conexão, é quase certo que ocorre depois de metade do período da gestação.<sup>38</sup>

Antigamente, as pessoas acreditavam que a vida começava no momento da fertilização, teoria esta ainda aceita pela Igreja Católica, porém a pressão da medicina e da própria sociedade a favor do uso da pílula do dia seguinte e do DIU fez com que a tese aceita pela legislação brasileira se alterasse e postergasse um pouco mais o conceito de início de vida.

O que se entende e se defende no presente trabalho é que, com o estudo da medicina, fica cada vez mais comprovado que, até o primeiro trimestre de gestação, o que é formado é apenas um conjunto de células, entretanto, nesse período, ainda não há vida.

Porém, se um dos argumentos utilizados pela maioria das pessoas que são contra o aborto é que se deve defender a vida, e a vida, segundo a Teoria Natalista (para muitos, adotada pela legislação brasileira), começa com o processo de Nidação (fixação do óvulo

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pág X, Prefácio.

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p Pág. 21

fecundado no útero), não deveria ser permitida a hipótese legal do aborto humanitário em caso de estupro, pois se estaria acabando com uma vida.

Dessa forma, diante da contradição supracitada, percebe-se que a teoria do início da vida não é fato unicamente determinante para a criminalização da prática abortiva, mas também a dignidade da mulher, logo se defende o aumento das hipóteses de aborto legal para os realizados até o primeiro trimestre de gestação, conforme a Teoria Biológico-evolutiva.

### 3 POLARIZAÇÃO DE OPINIÕES NA DISCUSSÃO SOBRE O ABORTO

O tema da descriminalização do aborto é assunto que claramente divide opiniões da sociedade e de vários grupos sociais. Para o presente estudo, demonstra-se necessário apresentar o posicionamento de dois grupos sociais de destaque nessa discussão: as feministas e as igrejas cristãs do Brasil. Além disso, expõem-se as experiências de diversos países com a descriminalização do aborto, e de como ocorreu o processo para essa descriminalização, a fim de conseguir extrair aprendizados para uma possível descriminalização do aborto no Brasil.

#### 3.1 Contexto histórico e influencia da Religião

Um dos principais argumentos utilizados por quem é a favor da criminalização de qualquer tipo de aborto em qualquer fase da gestação é o de que a vida é sagrada, portanto, deve ser defendida sempre, posto que se trata de um direito absoluto de todo ser humano, inclusive do feto.<sup>39</sup>

Esse pensamento, como será demonstrado, possui intrínseco conteúdo religioso, logo não é possível discutir o aborto analisando apenas aspectos jurídicos, pois esses são definidos pelos representantes do povo, que são pessoas com convicções próprias e, de modo geral, influenciadas pela própria religião.

A reprovação do aborto pela Igreja Católica, religião essa que terá maior destaque neste estudo, pois ainda é a religião com maior número de fieis no Brasil<sup>40</sup> e foi a religião oficial do Estado Brasileiro por inúmeras décadas, passou por várias fases que serão agora destacadas, posto que nem sempre os religiosos católicos proibiram o aborto de maneira discriminada como ocorre hoje.

Segundo Santo Agostinho<sup>41</sup>, filósofo e teólogo africano, bispo de Hipona e doutor da Igreja, o ser humano é formado pela alma juntamente com o corpo, pois a alma anima o corpo. A “animação” para ele, ou seja, o momento em que o feto adquire uma alma e passa a ser considerado pessoa, tem início aproximadamente nos 40 dias após a fecundação, até essa fase, o aborto poderia ser praticado.

<sup>39</sup> PESQUISA divide opinião de jovens sobre o aborto. **Nube**, 23 fev. 2015. Disponível em: [https://www.nube.com.br/imprensa/noticia?id\\_noticias=10035#.WT\\_47JLyvIU](https://www.nube.com.br/imprensa/noticia?id_noticias=10035#.WT_47JLyvIU)>. Acesso em 13 jun. 2017.

<sup>40</sup> CARACTERÍSTICAS gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Censo Demográfico 2010. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas**. Disponível em: <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd\\_2010\\_religiao\\_deficiencia.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf)> . Acesso em 13 jun. 2017.

<sup>41</sup> Strefling, Sérgio Ricardo. **Os sete graus de atividade da alma humana no *de quantitate animae* de Santo Agostinho**. Marília, 2014. v. 37. n. 3. p. 179-200.

Essa teoria da “animação sucessiva”, adotada por Santo Agostinho, foi introduzida com a finalidade de combater a tese teológica denominada traducianismo teorizado por Tertuliano: esse, para explicar a transmissão do pecado original, supunha que não apenas o corpo, mas também a alma fosse transmitida pelos pais.<sup>42</sup>

Essa mesma idéia da animação foi confirmada por São Tomáz de Aquino<sup>43</sup>, porém, para esse, a animação ocorreria apenas após 80 dias para as meninas e 40 dias para os meninos, distinguindo o feto animado de um feto inanimado.

A teoria da animação sucessiva consistia em afirmar que a origem da alma era diferente da origem do corpo, mesmo estando em uma união substancial com ele. Para os adeptos dessa teoria, a alma é criada imediatamente por Deus. Santo Tomás de Aquino ainda supunha certa organização do corpo para a infusão da alma. Sendo, portanto, a alma a forma do corpo.

A Igreja Católica, apesar de em 1588 o Papa Sixto V ter determinado que quem praticasse o aborto em qualquer período da gravidez seria excomungado, revogou tal decisão em 1591, ao reinstaurar a tese de que o aborto seria permitido até o momento do “chute”, que seria o momento em que a gestante sentisse, pela primeira vez, os movimentos do feto, o que ocorre aproximadamente 116 dias após a fecundação.

Essa foi a tese da Igreja Católica até, aproximadamente, a divulgação da “Apostólica Sedia”, em 1869, em que o Papa Pio IX condenou toda e qualquer forma de interrupção da gravidez, instituindo o momento da concepção como o de início da vida humana, além de condenar também qualquer meio contraceptivo.<sup>44</sup>

A posição do magistério da Igreja<sup>45</sup>, atualmente, é a de que o ser humano começa a existir com a fecundação, visto que, a partir deste momento, o novo ser é formado, passando por três fases embrionárias fundamentais – coordenação, continuação e graduação – o que sinaliza a existência de um indivíduo autônomo, mesmo que ele ainda não tenha desenvolvido todas as suas virtualidades.

Assim, a Igreja Católica vem condenando o aborto, utilizando-se de estratégias políticas para manter essa criminalização no Brasil.

<sup>42</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética** – I: fundamentos e ética bioética. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. v. I. p. 357.

<sup>43</sup> BARCHIFONTAINE, Christian De Paulo De. **Bioética e início da vida**: alguns desafios. São Paulo: Ideias e Letras, 2004.p. 111.

<sup>44</sup> FUENTES, Miguel Ángel. *As verdades roubadas*. 1. ed. em português, São Paulo: IVEPRESS, 2007. p. 169.

<sup>45</sup> SAGRADA Congregação para a doutrina da fé. Donum Vitae I. **Declaração sobre o aborto provocado**, 1974. vol. II. n. 6.

O Brasil, ao torna-se independente da metrópole Portugal e ao instituir a sua primeira constituição própria em 1824, tornou oficialmente o Estado e a Igreja Católica ligados, posto que o imperador deveria jurar-se fiel à Igreja Católica.

Logo após isso, o aborto foi criminalizado, pela primeira vez, com a promulgação da Constituição do Império de 1830.

A vida, segundo as igrejas cristãs, sobrepõe-se a qualquer outro valor, por isso deve ser protegida desde a concepção. É esse o discurso hoje da Igreja em relação ao aborto, o que pode ser facilmente observado no discurso do Papa João Paulo II, em 1995, na comemoração do quinto aniversário da Encíclica *Evangelium Vitae*.<sup>46</sup>

Ademais, o Catecismo da Igreja Católica<sup>47</sup> assim institui para todos os seus fieis:

#### **A.4 ABORTO**

##### **A.4.1 Colaboração com o aborto**

§ 2272 A cooperação formal para um aborto constitui uma falta grave. A Igreja sanciona com uma pena canônica de excomunhão este delito contra a vida humana. "Quem provoca aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão *latae sententiae*" "pelo próprio fato de cometer o delito" e nas condições previstas pelo Direito. Com isso, a Igreja não quer restringir o campo da misericórdia. Manifesta, sim, a gravidade do crime cometido, o prejuízo irreparável causado ao 'inocente morto, a seus pais e a toda a sociedade.

O inalienável direito à vida de todo indivíduo humano inocente é um elemento constitutivo da sociedade civil e de sua legislação:

"Os direitos inalienáveis da pessoa devem ser reconhecidos e respeitados pela sociedade civil e pela autoridade política. Os direitos do homem não dependem nem dos indivíduos, nem dos pais, e também não representam uma concessão da sociedade e do Estado pertencem à natureza humana e são inerentes à pessoa em razão do ato criador do qual esta se origina. Entre estes direitos fundamentais é preciso citar o direito à vida e à integridade física de todo ser humano, desde a concepção até a morte."

Destaque-se ainda que, dentro da própria Igreja, há movimentos dissidentes: pessoas que se declaram como católicas, mas que defendem, de modo geral, a regulamentação do aborto, como o Grupo Católicas pelo Direito de Decidir (Catholics For a Free Choice – CFFC). Esses movimentos representam pessoas que se contrapõem a diversos pensamentos da Igreja Católica, porém se consideram livres para, ainda assim, serem considerados católicos, justificando tal postura pela falta de consenso que sempre existiu dentro da própria igreja.

Esse grupo Católicas pelo Direito de Decidir<sup>48</sup> teve origem nos anos setenta nos Estados Unidos e critica, dentre outras coisas, principalmente o posicionamento da Igreja

<sup>46</sup> DISCURSO do Papa João Paulo II aos participantes no encontro de estudos pelo 5º aniversário. **Encíclica *Evangelium Vitae***, 14 fev. 2000. Disponível em: <[https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/speeches/2000/jan-mar/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_20000214\\_acd-life.html](https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/speeches/2000/jan-mar/documents/hf_jp-ii_spe_20000214_acd-life.html)>. Acesso em: 3 jun. 2017.

<sup>47</sup> CATECISMO da Igreja Católica. São Paulo: Loyola, 2000. Disponível em: <<http://catecismo-az.tripod.com/conteudo/a-z/a/aborto.html>> Acesso em: 16 mai. 2017.

<sup>48</sup> Todas as informações mencionadas referentes ao grupo estão disponíveis no site oficial das Católicas pelo Direito de Decidir. Disponível em < [www.catolicasonline.org.br](http://www.catolicasonline.org.br)>. Acesso em 16 mai. 2017.

Catolice quanto ao aborto, chegando ao Brasil em 1993. Essa Organização Não Governamental declara-se com “intuito de buscar a justiça social, o dialogo inter-religioso e a mudança dos padrões culturais e religiosos que cerceiam a autonomia e a liberdade da mulher principalmente no que diz respeito ao exercício da sexualidade e da reprodução”.

Ainda hoje, conforme dados estatísticos apresentados no capítulo 1, apesar de não ser oficial, é claro que a maioria das bancadas legislativas compõem-se de cristãos, principalmente católicos, o que dificulta o prosseguimento de questões relacionadas ao aborto, como a possibilidade de aumento dos casos em que seja possível realizar o aborto, por questões de saúde pública, por exemplo.

Nas vezes em que a questão do aborto foi levada ao judiciário, os professantes da fé católica tentaram impedir o seguimento das ações que requisitam a liberação do aborto, insurgindo-se como curadores do nascituro ou com o pedido de Habeas Corpus em favor do feto.

Destaca-se ainda que a Igreja Católica condena, atualmente, qualquer tipo de aborto, bem como a utilização de meios contraceptivos, como a camisinha, a pílula anticoncepcional, pílula do dia seguinte e o Dispositivo Intrauterino (DIU). Assim, até o aborto realizado em gravidez decorrente de estupro é igualmente proibido. Esse ponto merece destaque, pois, conforme dispõe Dworkin<sup>49</sup> “os católicos protestantes não poderiam aceitar as exceções que, em sua maioria, aceitam, se realmente acreditassem que o feto é uma pessoa com direito à vida a partir do momento da concepção”.

Importante destacar que, diferente do esperado, no julgamento da Ação de Descumprimento Fundamental nº 54 (ADPF 54) acerca da possibilidade de aborto no caso de anencefalia fetal, a posição da Igreja Universal do Reino de Deus foi no sentido de possibilitar o direito de escolha das mulheres quando se tratar de aborto, utilizando-se como fundamento o antigo testamento, livro Eclesiastes 6.3:

Eclesiastes

Capítulo 6

Se o homem gerar cem filhos, e viver muitos anos, e os dias dos seus anos forem muitos, e se a sua alma não se fartar do bem, e além disso não tiver sepultura, digo que um aborto é melhor do que ele.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 65.

<sup>50</sup> BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**: Nova tradução na linguagem de hoje. São Paulo: Paulinas Editora, 2011. Eclesiastes. p. 730.

A Constituição Federal de 1988 proclamou a laicidade do Estado no artigo 19, inciso I, além de declarar como direito fundamental a liberdade de religião dos indivíduos (Ar. 5º, inciso VI).

Assim, as decisões tomadas em nome do Estado não devem pautar-se em argumentos filosóficos, principalmente para instituir leis, ainda mais as penais que tratam da liberdade individual. Além disso, não é razoável querer aplicar padrões de uma crença, por mais que seja da maioria, a uma minoria igualmente portadora de direitos e deveres. Segundo Celso Lafer<sup>51</sup> “O modo de pensar laico está na raiz do principio da tolerância, base da liberdade de crença e da liberdade de opinião e de pensamento”.

Não é razoável manter criminalizada uma pratica por convicções religiosas e filosóficas, mas sim por razões públicas. A religião apresenta-se no âmbito privado do individuo, enquanto a razão é publica e compartilhada, afetando a todos e, por isso, deve ser fundamento para a criação e permanência de leis.

A idéia de que existe vida desde a concepção humana foi criada para atender aos anseios da própria igreja, posto que sua base científica foi a escolha simples de uma fase gestacional, e, por isso, não deve sobrepor-se aos direitos das mulheres e da liberdade individual (também direito fundamental declarado na CF/88), não devendo, portanto, servir de base para as mais diversas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, portanto, os Estados democráticos devem, segundo Maria José<sup>52</sup>, “assumir a responsabilidade de legislar para uma sociedade diversa e plural, impedindo que crenças religiosas influam sobre o trabalho político, ainda que se reconheça o quanto seus valores e normas estão arraigados na cultura local”.

Sendo a religião uma matéria individual, ressalta-se que a descriminalização regular do aborto não obrigará ninguém a praticá-lo. Cada um, com suas convicções individuais e condições sociais, irá decidir pela prática ou não do aborto, porém o que não se pode é aceitar que mulheres fiquem a mercê de abortos clandestinos, que as expõem a risco de vida, por uma criminalização sem razão jurídica de ser.

---

<sup>51</sup> LAFER, Celso. Estado Laico. **Direitos Humanos, Democracia e Republica**: Homenagem a Fabio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 227.

<sup>52</sup> ROSADO-NUNES, Maria José. **Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres**. São Paulo, 2006. p. 37.

### 3.2. A luta feminista quanto aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher

As mulheres possuem uma vasta história de subordinação na sociedade. A dominação masculina é um exemplo de violação que pode, muitas vezes, ser invisível às próprias vítimas, posto que a idéia de dominante/dominada já está incrustada no cotidiano das pessoas.

Um dos motivos da formação dessa subordinação está nas diferenças biológicas do homem e da mulher. Além disso, ante a idéia de hierarquia de classes na sociedade burguesa, passou-se a controlar a sexualidade das mulheres, a isolá-las socialmente a fim de que as mulheres da classe alta não se relacionassem com os homens da classe baixa, a plebe, para “preservar a espécie” ou evitar “miscigenações”, o que criou a idéia de que o papel da mulher na sociedade resumia-se à procriação. Observe o seguinte trecho retirado da Revista da USP<sup>53</sup>: “A trajetória das mulheres no mundo capitalista e socialista, ocidental e oriental, é marcada pela discriminação. Diferenças sexuais foram pretextos para impor relações hierárquicas, homens nas posições de dominação e mulheres nas subordinadas.”

Assim, formou-se a idéia da mulher-mãe, cuja maternidade é um dom natural e obrigatório para as mulheres, ainda mais ao se considerar que, em pleno século XXI, mulheres são condenadas pela sociedade em geral quando anunciam que não desejam ser mãe. Observe-se que essa idéia também decorre das influências religiosas, que instituem a diferença entre a mulher “santa” e a “pecadora”, controlando a sexualidade feminina na idéia de que a mulher foi feita por Deus para o homem.

Laqueur<sup>54</sup> sugere que a maternidade compulsória é um dos efeitos mais profundamente arraigados da ideologia de gênero, ou seja, Mulher e Mãe são vistos como sinônimos. Toda mulher deve querer ser e ter “o dom” da maternidade.

Foi na década de 1960 que se iniciou o movimento hoje conhecido por “feminista”, em que era disseminada a idéia de que o corpo de qualquer ser humano pertence a ele próprio, logo a mulher poderia decidir sobre a maternidade, tendo em vista que essa não precisa ser um “destino necessário”, mas sim uma opção pessoal de cada mulher.

Ronald Dworkin<sup>55</sup>, no mesmo sentido, tece a idéia de que a mulher tem direito sobre o embrião que carrega, posto que a escolha acerca do aborto é um conteúdo privado, de

<sup>53</sup> Blay, Eva Alternam. **Um Caminho Ainda em Construção**: A Igualdade de Oportunidades para as Mulheres. Revista da USP nº 49 (março/abril/maio/2001). p. 82-97.

<sup>54</sup> LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo**: corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001. p. 230.

soberania de decisões pessoais, pois é evidente que a mulher que é obrigada a ter um filho, por ausência de legislação que permita o aborto, não tem domínio sobre o seu próprio corpo. Para ele, portanto, não se pode falar que a mulher tem liberdade em uma sociedade em que o aborto seja criminalizado.

Assim, na década de 1970, começou a luta dessas mulheres pela descriminalização do aborto e pelo aumento dos permissivos legais que possibilitam a interrupção voluntária da gravidez.<sup>56</sup> O resultado dessa luta foi a aprovação das primeiras leis permissivas do aborto, principalmente, na Europa Ocidental, local de maior incidência do movimento feminista nessa época.

Reivindicar a autonomia reprodutiva da mulher e eliminar o perigo a que as mulheres são expostas quando buscam realizar abortos clandestinos foram os principais objetivos da luta feminina na década de 70. Assim, buscava-se, principalmente a legalização do aborto com assistência médica, a fim de evitar que mais mulheres fossem vítimas da injustiça social e cultural: o aborto passou então a ser considerado um direito civil representante da liberdade individual principalmente das mulheres.<sup>57</sup>

Ressalta-se que esse grupo não despreza a diferença biológica existente entre o homem e a mulher, mas considera que essas características não podem ser suficientes para determinar um ser superior ou inferior dentro de uma sociedade, posto que não deve existir essa idéia de pessoas superiores ou inferiores.

Assim, os movimentos feministas são um dos grandes responsáveis pelos avanços nessa luta contra a criminalização do aborto, tendo realizado, em 1981, a primeira campanha no Brasil pela descriminalização do aborto, o que criou raiz para, até hoje, existir um grupo expressivo de mulheres que lutam pela mudança da mentalidade na sociedade, bem como da legislação brasileira que se mostra claramente “machista”.

Um exemplo de que a legislação brasileira atual tem raízes “machistas” está no Código Penal atual, que possui enraizada a idéia do papel de subordinada da mulher, posto que esse código, em sua criação, fora dotado de expressões que depreciam a figura da mulher: O Código Penal data de 1940 e foi promulgado no período do Estado Novo, em que o Congresso Nacional estava fechado. Ele é dotado, em seu texto original, de expressões que

---

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>56</sup> BARSTED, Leila Linhares. **Direitos Humanos e Descriminalização do aborto**. In. Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 93.

<sup>57</sup> DEL RE, Alisa. **Aborto e contracepção: Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 23-24.

depreciam a figura feminina, como “mulher honesta”, constante nos art. 215 e seguintes da redação original do Código Penal de 1940<sup>58</sup>, observe-se:

**Posse sexual mediante fraude**

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze anos:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

O feminismo é explicado por Dominique Fougeyrollas-Schwebel como<sup>59</sup> “teoria política que se baseia na análise das relações entre os sexos, bem como na prática da luta de libertação das mulheres”. Acrescenta ainda que as lutas feministas “partem do reconhecimento das mulheres como específicas e sistematicamente oprimidas na certeza que as relações entre homens e mulheres não estão inscritas na natureza, e que existe a possibilidade política de sua transformação”.

Assim, o estudo da criminalização do aborto está, então, diretamente ligado com a inserção das mulheres na sociedade brasileira, ainda mais ao se considerar que as mulheres que mais morrem por abortos ilícitos são as mulheres negras de baixa renda, pois não possuem condição de pagar clínicas clandestinas, hospitais particulares ou acompanhamento médico particular para realizar o aborto.

As mortes de mulheres relacionadas ao aborto são apenas a ponta de um iceberg. Os abortos inseguros levam, frequentemente, a complicações imediatas e conseqüências a longo prazo. As complicações imediatas são hemorragias, infecção, lesões traumáticas ou químicas dos genitais e outros órgãos pélvicos, reações tóxicas e produtos ingeridos ou enfiados nos genitais.<sup>60</sup>

O movimento feminista então se relaciona ao controle do corpo e da sexualidade das mulheres. A criminalização do aborto significa, portanto, além de opressão e de um desrespeito aos direitos de liberdade das mulheres, um fator de risco inerente à condição feminina.

O abortamento responde por 11,4% do total de óbitos maternos, sendo a quarta maior causa de mortalidade feminina.<sup>61</sup> Assim, as feministas acreditam que, com a legalização

<sup>58</sup> BRASIL. **Redação Original do Código Penal de 1940**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

<sup>59</sup> FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. **Movimentos Feministas**: Dicionário Crítico do Feminismo. São Paulo: UNESP, 2009. p. 144-145.

<sup>60</sup> FAUNDES, Aníbal; BARXELATTOO, José. **O Drama do Aborto**: em busca de um consenso. Campinas/SP: Komedi, 2004. p.76.

<sup>61</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção a Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. **Estudo da mortalidade de mulheres de 10 a 49 anos, com ênfase na mortalidade materna**: relatório final. Brasília, 2006.

do aborto, o número de morte de mulheres (que chega a milhares anualmente) que buscam clínicas clandestinas irá reduzir totalmente.

Realizado solitariamente ou com a ajuda de pessoas mal treinadas, muitas vezes através de procedimentos equivocados, pouco seguros, ou em condições de higiene inadequadas, o aborto inseguro traz graves riscos à saúde das mulheres. Os serviços de saúde recebem, rotineiramente, casos de perfuração do útero e sérias infecções, registrando seqüelas permanentes como a infertilidade e perda do órgão reprodutor. (...) A solução da questão do aborto está no âmbito da saúde pública, como atribuição do Estado laico e democrático e sem interferência de dogmas religiosos. Com a legalização, todas as mulheres que optam por recorrer a um aborto teriam acesso a serviços normatizados e de qualidade, com procedimentos modernos e seguros, e orientação sobre planejamento reprodutivo – inclusive para homens – de modo a evitar reincidência.<sup>62</sup>

No Brasil, o movimento feminista ganhou visibilidade no século XX, quando as mulheres passaram a reconhecer seus próprios interesses e direitos, conseguindo o direito de voto em 1932, durante o Governo Provisório de Getúlio Vargas, após mais de 100 anos de voto exclusivamente masculino. Na década de 70, seguindo o movimento mundial, ocorreu a segunda onda do feminismo no Brasil, em um contexto de ditadura militar, onde se lutava por direitos de liberdade e dignidade da pessoa humana.

Porém, a luta contra a descriminalização do aborto no Brasil só teve início na década de 80, quando as mulheres desse movimento perceberam que a idéia do corpo feminino era estereotipada, necessitando buscar a autonomia sobre o próprio corpo. Assim, a partir dessa nova luta, o movimento feminista passou a ter papel central entre os diversos grupos sociais atuantes nessa questão, tornando público o tema da descriminalização do aborto. “Neste contexto, o debate sobre o aborto começou a assumir uma nova dimensão e, inclusive, a refletir enfrentamentos mais acentuados entre as feministas e as entidades religiosas, sobretudo a hierarquia da Igreja Católica”.<sup>63</sup>

Um dos grupos de maior destaque na luta feminina pela descriminalização do aborto é o “Somos todas clandestinas”, com o lema “Eu aborto, tu abortas, somos todas clandestinas”. O grupo destaca depoimentos de mulheres que já abortaram e também das clandestinas indiretamente, que são amigas e parentes que acompanham as grávidas nesses procedimentos. Assim, a idéia do grupo é mostrar histórias reais de mulheres brasileiras que

---

<sup>62</sup> FREITAS, Angela. **Aborto**: guia para profissionais de comunicação. Recife: Grupo Curumim, 2011. p. 05.

<sup>63</sup> ROCHA, Maria Isabel Baltar da. **A discussão política sobre o aborto no Brasil**: uma síntese. Revista Brasileira de Estudos de População: São Paulo. v.23. n. 2. jul./dez. 2006. p. 371.

tiveram que recorrer a ilegalidade pelas mais diversas razões. Destaca-se alguns trechos de depoimentos de mulheres que abortaram<sup>64</sup>:

As consequências de um aborto só sabe quem já viveu. Mulher nenhuma faz um aborto como quem vai fazer uma cirurgia no dente. Mulher nenhuma vê o aborto como um método anticoncepcional. O aborto é uma solução. Mas uma solução que precisa existir como possibilidade legal para a mulher.” Clandestina nº 50.

É péssimo ter que ir trabalhar, estudar, conversar com os amigos, e a família, tendo um hospedeiro indesejado dentro de você. Era como me sentia. Sou mulher, responsável, dona da minha vida, e muitas vezes enquanto ainda estava grávida, chorava simplesmente por não poder ter direito sobre meu próprio corpo. E sabendo que se não queria uma criança nos braços daqui uns meses, ia ter que, talvez, colocar minha vida em risco num aborto clandestino, como foi. Clandestina nº 46

E é pela construção e afirmação de outros modos de existência que encontrei finalmente um lugar para fazer falar o meu relato. Isso porque quando tomei a decisão de interromper a gravidez não pensei apenas em mim, não afirmei apenas o meu corpo, não deliberei apenas pela minha saúde física e mental. Essa decisão foi tomada e decisivamente afirmada pelo encontro que tive e tenho com todas aquelas que estão dispostas a construir um modo de vida que responda à insolência de um passado e um presente vilipendiosos, usurpadores e contaminados de ódio e preconceito levados a nível patológicos, e que responda também à construção, disseminação e polinização de nossos próprios discursos, narrativas e atos afirmadores de nossas identidades e diferenças.

Por uma história que não é só minha, decidir interromper a gravidez também foi um ato coletivo. Em nenhum momento do processo tive medo ou angústia. Em nenhum momento sofri censura psicológica; expediente que manipula muitas de nós a ter medo, se sentir culpada e humilhada por uma ação ou decisão que é nossa, simplesmente nossa. Quantas mulheres se sentem cobradas por todos os lados pela perfeição? Quantas mulheres constroem seus corpos e subjetividades guiadas pelas imposições sociais e morais das mais humilhantes e cretinas? Isso tudo colabora para impor a censura a nós mesmas. Enfim, guiada pelos encontros e pela necessidade de afirmação num lance decisivo passei pelo processo de interrupção da gravidez sem traumas, sem me machucar, sem me diminuir, sem me censurar. Clandestina nº 34

Dia desses, estava em um grupo de mulheres e nos demos conta que todas já tinham abortado, menos uma, que abortou meses depois, falávamos do assunto bem baixinho mesmo dentro de casa, como se fosse proibido. E de fato é. Somos todas clandestinas. Um quinto das mulheres brasileiras já abortou ou vai abortar, significa dizer que em cada família tem uma ou mais mulheres que abortaram, muitas dessas mulheres devem sentir culpa, devem sofrer e contar o tempo: “Se eu não tivesse abortado meu filho estaria com tantos anos”. A criminalização adoce as mulheres. O silêncio sobre esse assunto é mortificador. É preciso compreender que engravidar não é tornar-se mãe. Tornar-se mãe é uma decisão da mulher e não do estágio de formação do feto. Ser mãe é uma decisão muito séria, e não pode ser uma imposição porque tenho vida sexual ativa. Clandestina nº 40.

Em casa, acompanhada pelo ficante que depois virou amigo, chorei. Não era de dor, nem de arrependimento. Era do estado de choque, no qual eu passara os últimos dias, se esvaindo. Do dia em que fiz o primeiro teste até o dia do aborto passou apenas uma semana. Foi muito rápido e tudo bastante objetivo, mas cada segundo dessa semana pesou como a eternidade. Nunca me arrependi, um filho naquele momento teria sido um problema na minha vida. Mas desde aquela semana, se por um lado eu passei a pensar com ternura na possibilidade de ter um filho no futuro,

<sup>64</sup> Todos os depoimentos foram retirados do site **Somos Todas Clandestinas**. Disponível em: <<https://somostodasclandestinas.milharal.org/>> Acesso em: 24 mai. 2017.

eu nunca mais parei de chorar por dentro pela imensa massa de mulheres que não podem literalmente pagar o preço de fazer em segurança uma prática tornada clandestina por uma sociedade moralista e machista e que morrem, quando não literalmente, na sua subjetividade, autonomia e projetos de futuro, carregando o peso de uma escolha que não foi sua. Isso sim dói. Clandestina nº 34.

São vários os fatores que podem influenciar uma mulher a optar pelo aborto, cita-se alguns: idade, valores pessoais, atitudes, educação, local de residência, renda familiar e o uso de métodos contraceptivos.<sup>65</sup> Assim, a mulher que decide pelo aborto e não pode fazer o procedimento em clínicas clandestinas por não ter dinheiro (um aborto cirúrgico custa em torno de R\$5.000,00), primeiro busca o remédio abortivo “Cytotec”, para aplicação caseira que custa aproximadamente R\$500,00 (quinhentos reais) 3 a 4 pílulas. Caso, ainda assim não possua esse dinheiro, as mulheres chegam a agredir seus próprios corpos para causar a expulsão do feto.

Pesquisa Nacional de Aborto<sup>66</sup> feita pela Universidade de Brasília em 2010 demonstra que, diferente do que se acredita, mais de 70% (setenta por cento) das mulheres que abortam têm um relacionamento considerado estável ou seguro, o perfil da mulher que aborta é: idade entre 20 e 29 anos, vive em união estável, tem até 8 anos de estudo, trabalha, é católica, tem ao menos um filho e usa métodos contraceptivos.<sup>67</sup>

Dessa forma, o que o movimento feminista tenta mostrar é que nenhuma mulher quer abortar, nem mesmo quem é a favor do aborto e do “sexo sem compromisso”. O que se defende é o direito da mulher de escolha, independente do que tenha acontecido para ocasionar aquela gravidez. Quem for contra o aborto não vai ser obrigada a abortar. É uma questão de escolha pessoa de cada mulher, que deve ser defendido, afinal o abortamento responde por 11,4% do total de óbitos maternos, devendo ser observado como um problema de saúde pública.

### 3.3 Estudo Comparativo da legislação estrangeira

Um dos mitos que cerca a descriminalização do aborto é a de que, caso seja descriminalizado, o aborto torne-se uma prática banal, porém os países que o descriminalizaram provam, de modo geral, o contrário. Assim, para o presente estudo,

<sup>65</sup> FONSECA, Walter. **Determinantes do aborto provocado entre mulheres admitidas em hospitais em localidades da região Nordeste do Brasil.** Revista Saúde Pública, 1996. v. 30.

<sup>66</sup> DINIZ, Débora; 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: 2 jun. 2017.

<sup>67</sup> QUEM, é a mulher que aborta?. **Revista Época**, 1 mai. 2008. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG83220-6014-518,00-QUEM%2BE%2BA%2BMULHER%2BQUE%2BABORTA.html>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

considera-se de imensa importância demonstrar a experiência de diversos países com a legalização do aborto.

Ressalta-se que, mesmo nos países que não criminalizam o aborto, a legislação não é a mesma para todos. Na maioria desses países, a realização do aborto está condicionada ao tempo da gestação, logo esse prazo determinará se é lícito ou não realizar o aborto, além disso, são feitas recomendações médicas, psicológicas, sociais e econômicas à gestante antes de realizar o procedimento abortivo. Já em outros países, a realização do aborto pode estar condicionada somente a vontade da mulher, independente do tempo de gestação.

Na Espanha, cuja legalização ocorreu em 1975, o prazo para a realização do aborto pode variar de acordo com a situação da gestação: nos casos em que há risco de morte ou à saúde física e psíquica da gestante, o aborto pode ser realizado em qualquer momento. Porém, se a gravidez for resultante de estupro, o aborto legal só pode ser realizado até a 12ª semana de gestação. Por fim, nos casos em que se presume que o feto nascerá com doença grave, o aborto deverá ocorrer dentro das vinte e duas primeiras semanas de gestação, nesse caso, exige-se o consentimento expresso da gestante e de médicos especialistas.<sup>68</sup>

Na França, a legislação que trata do aborto teve muitas modificações desde a primeira legislação sobre o assunto em 1975. No país, a gestante pode optar pelo aborto nas 12 primeiras semanas em clínica autorizada ou hospital público, sendo a gestante devidamente informada dos riscos do procedimento, porém, depois disso, só se pode realizar o aborto nos casos em que haja risco à vida da gestante ou exista a possibilidade de o feto nascer com doença grave e incurável.<sup>69</sup>

No Reino Unido, exigem-se razões sociais, médicas, econômicas ou comprovações de risco de lesões severas para a vida da gestante para que o aborto seja permitido nas 24 primeiras semanas.<sup>70</sup> Relatório Estatístico do Departamento de Saúde da Inglaterra referente ao ano de 2014 constatou que não houve nenhuma morte no país decorrente do aborto.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982\\_342\\_abortosarmentodaniel.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf)>. Acesso em: 7 abr. 2017. p. 56

<sup>69</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982\\_342\\_abortosarmentodaniel.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf)>. Acesso em: 7 abr. 2017. p. 49-50.

<sup>70</sup> ABORTO, é legalizado no Reino Unido?. ELongres. Disponível em <<https://www.elondres.com/aborto-no-reino-unido/>>. Acesso em 13 jun. 2017.

<sup>71</sup> ABORTION, Statistics, England and Wales: 2014. Summary information from the abortion notification forms returned to the Chief Medical Officers of England and Wales. Disponível em<

Na Holanda, desde 1981, o aborto é totalmente permitido nas treze primeiras semanas de gestação. O prazo pode ser estendido para até 24 semanas caso haja comprovação de que a gravidez causa forte angústia à mulher, ou seja, leva-se em conta o lado psicológico da mulher com a gravidez. Para menores de 18 anos, requer-se a autorização dos pais e o cumprimento do prazo mínimo de 5 dias entre a solicitação do aborto e a realização do procedimento. O país com o menor índice de abortos no mundo é a Holanda, porque, além de legalização, o tema é objeto de campanha de educação sexual e os métodos contraceptivos são amplamente aplicados com apoio estatal.<sup>72</sup>

Na Itália, apesar da grande influência da Igreja Católica, a Corte Constitucional declarou, em 1975, que era inconstitucional o artigo da lei penal que criminalizava indistintamente o aborto, logo, em 1978, foi editada nova lei (lei nº 194 de 22 de maio) que regulamentava os casos em que o aborto poderia ser realizado.<sup>73</sup>

A solução adotada segue o sistema da predeterminação dos casos nos quais o aborto é consentido até 90 dias da concepção: a lei estabelece que a mulher que acuse circunstâncias pelas quais a continuação da gravidez, o parto ou a maternidade comportaria um sério risco para a saúde física ou psíquica, em relação ou ao seu estado de saúde, ou às suas condições econômicas ou sociais ou familiares, ou às circunstâncias em que se deu a concepção ou em previsão de anomalias ou malformação do concebido.<sup>74</sup>

Observe que está incluído, nas razões que afetam a saúde psíquica da mulher, o comprometimento das suas condições econômica, sociais e familiares. A lei ainda prevê um prazo mínimo de 7 (sete) dias entre a solicitação do aborto e o seu procedimento, tempo este considerado para reflexão da mulher e família, excepcionam-se os casos de urgência. Porém, nos casos em que haja risco à vida da gestante ou em que seja verificado anomalias fetais graves, a realização do aborto pode ocorrer em qualquer momento.<sup>75</sup>

Portugal foi um dos países mais recentes a descriminalizar o aborto, o que ocorreu depois da reforma do Código Penal em 1997, quando foi instituído o prazo de 24 semanas de gestação para realizar o aborto nos casos de doença grave ou má-formação congênita do feto (antes seria somente até a 16ª semana). Já quando a gravidez representar risco para a vida ou

---

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/433437/2014\\_Commentary\\_\\_5\\_.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/433437/2014_Commentary__5_.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2017,

<sup>72</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Rio de Janeiro: Del Rey, 2015. 3. ed. p. 145.

<sup>73</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982\\_342\\_abortosarmentodaniel.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf)>. Acesso em: 7 abr. 2017. p. 50-51.

<sup>74</sup> ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. **Aborto**. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 03.

<sup>75</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004. p. 122-123.

saúde física ou psíquica da mulher, o aborto deverá ser realizado nas 12 primeiras semanas de gravidez.<sup>76</sup>

Em 1998, foi feito um referendo em Portugal com a proposta de legalizar o aborto somente com o pedido da mulher, porém a proposta foi rejeitada pela maioria. Entretanto, compareceram menos de 50% do número de eleitores necessários para a validação do referendo, que teve que ser anulado. Assim, perdurou a situação acima relatada até que, em 2007, foi feito um novo referendo com a mesma questão.

Neste segundo referendo, foi feito o seguinte questionamento: “Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, num estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”<sup>77</sup>. O resultado foi o seguinte (TABELA 1):

Tabela 1: Resultado do referendo sobre aborto em Portugal.

Resposta	Número de Votos	Percentual de Votos
<b>SIM</b>	2.231.529	59,25%
<b>NÃO</b>	1.534.669	40,75%
<b>Branco</b>	48.049	1,25%
<b>Nulos</b>	25.884	0,67%
<b>Votantes</b>	3.840.176	43,57%

Fonte: Diário da República, 1.ª série – n. 43 – 1 de Março de 2007.<sup>78</sup>

Porém, como o número de votantes foi, mais uma vez inferior a 50%, o referendo também não pôde ser vinculado, mas foi suficiente para a aprovação da lei nº 16 de 17 de abril de 2007, que alterou a legislação para incluir a permissão de a mulher abortar por opção até as primeiras 10 semanas de gravidez, com o período de reflexão de, no mínimo, 3 (três) dias.

Merece destaque ainda a história da legislação que trata o aborto nos Estados Unidos da América, com destaque para a decisão no caso *Roe v. Wade*<sup>79</sup>:

Até a segunda metade do século XIX, as leis que tratavam do aborto eram rigorosamente restritivas em grande parte dos Estados Americanos, porém, a legislação de

<sup>76</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em: < [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982\\_342\\_abortosarmentodaniel.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf)>. Acesso em: 7 abr. 2017. p. 54-56.

<sup>77</sup> RATTNER, Jair. **Referendo pode gerar crise na oposição em Portugal**. BBC Brasil, 10 fev. 2007. Disponível em: < [http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/02/070210\\_aborto\\_vesperarg.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/02/070210_aborto_vesperarg.shtml)>. Acesso em: 25 mai. 2017.

<sup>78</sup> **DIÁRIO, da República**, 1 mar. 2007. 1ª Série. n. 43. Disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2007/03/04300/14291429.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

<sup>79</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em: < [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982\\_342\\_abortosarmentodaniel.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf)>. Acesso em: 7 abr. 2017. p. 47-49.

cada estado diferenciava-se cada vez mais, o que enfraquecia a legislação americana como um todo.

O caso Roe v. Wade foi um marco na luta feminina pelos direitos das mulheres, ainda mais porque se deu em um estado, Texas, que criminalizava o aborto em praticamente todas as situações, com exceção de quando fosse necessário para salvar a vida da mãe.

O referido processo refere-se a Norma L McCorvey (Jane Roe) e o Estado do Texas, representado pelo fiscal do distrito Henry Wade, em que a primeira parte ingressou com o pedido para interromper sua gestação indesejada, visto que a gravidez tinha sido resultado de estupro. Primeiramente, o Tribunal Estadual decidiu pela possibilidade de realização do aborto, porém, com a apresentação de conseqüentes apelações, o caso chegou a Suprema Corte Americana, que proibiu as legislações estaduais de criminalizarem o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez, declarando inconstitucional a legislação do Texas que criminalizava o aborto. Durante o processo, Roe teve o bebê, que foi mandado para adoção.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, com essa decisão, além de conseguir mudar as leis de cinquenta estados norte-americanos, demonstrou a possibilidade de realização do aborto com base na décima quarta emenda, com a defesa do devido processo, da igualdade e da privacidade.

EMENDA Seção 1: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. (...)<sup>80</sup>

Dworkin<sup>81</sup> assim examina o voto majoritário do Justice Blackmun: “A sentença de Blackmun argumentava que as mulheres têm um direito constitucional geral à privacidade, e que desse direito geral se infere que elas podem optar pelo aborto antes do final do segundo trimestre da gravidez.”. Quanto ao direito de privacidade, coloca que a decisão pelo aborto respeita as decisões particulares de cada mulher, ao determinar como os seus corpos serão “usados”. Assim, por ser uma questão íntima/ individual, as pessoas devem ter “liberdade de tomar tais decisões por si próprias, consultando suas preferências e convicções, em vez de permitir que a sociedade lhes imponha uma decisão coletiva”.

<sup>80</sup> **Constituição Americana dos Estados Unidos.** Disponível em: <[http://www.mspc.eng.br/temdiv/const\\_usa01.shtml#eme\\_14](http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml#eme_14)>. Acesso em 25 mai. 2017.

<sup>81</sup> DWORCKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 71-75.

Assim, o julgamento Roe v. Wade abriu precedentes para que o aborto fosse livre durante o primeiro trimestre da gestação, devendo a decisão da mulher ser o único requisito necessário. Além disso, essa decisão chamou a atenção do mundo para o fato que o direito ao aborto relaciona-se diretamente com o direito à privacidade da mulher e de sua família. Da decisão redigida pelo Juiz Harry Blackmun, Daniel Sarmiento<sup>82</sup> destaca o seguinte trecho:

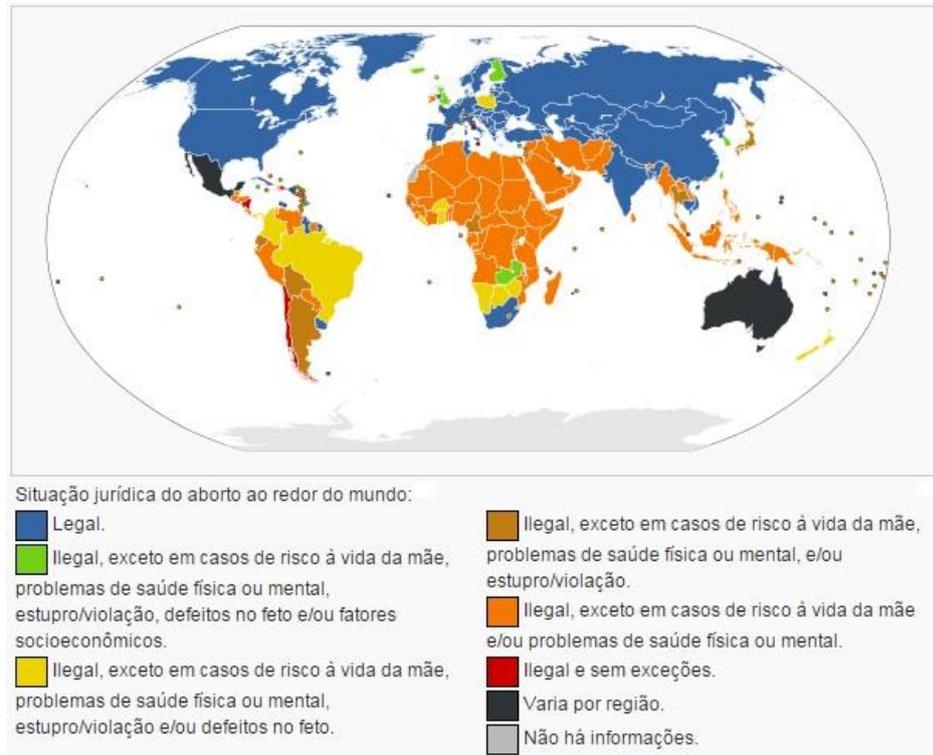
O direito de privacidade (...) é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado impor sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até no início da gestação, podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental podem ser penalizadas pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Em outros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade fora do casamento podem estar envolvidos (...). O Estado pode corretamente defender interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum ponto da gravidez, estes interesses tornam-se suficientemente fortes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão sobre o aborto (...). Nós assim concluímos que o direito de privacidade inclui a decisão sobre o aborto, mas que este direito não é incondicionado e deve ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais.

O que se nota é que, mesmo nos países em que o aborto é descriminalizado, as regras procedimentais variam principalmente quanto aos prazos e as indicações de aborto, podendo as regras ser mais abrangentes, restritivas ou consideradas totalmente liberais, conforme ilustração abaixo:

---

<sup>82</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982\\_342\\_abortosarmenodaniel.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmenodaniel.pdf)>. Acesso em: 7 abr. 2017. p. 43-82.

Ilustração 1 – A criminalização do aborto no mundo.



Fonte: Informe da ONU sobre o aborto no mundo (2011).<sup>83</sup>

Ressalta-se que, mesmo nos países considerados mais liberais, há diversos procedimentos que devem ser seguidos antes da realização do aborto, como: justificação do pedido, autorização médica, comprovação de tempo mínimo de residência no país, no caso de estrangeiras, e o consentimento dos pais, se for menor de idade, bem como o cumprimento de prazos para realização do procedimento.<sup>84</sup>

O que se percebe é que o aborto, em mulheres na idade fértil, ocorre em todas as sociedades, o que se diferencia é como cada sociedade enfrenta, controla, normatiza e regulamenta esse problema que é, na realidade, uma questão de saúde pública. Além disso, a descriminalização do aborto de forma regulamentada demonstra-se como tendência em todo o mundo, em razão, principalmente dos Direitos Humanos da mulher, devendo ser seguida também pela legislação brasileira.

É relevante notar que os exemplos referem-se a países com tradições constitucionais relativamente próximas à nossa, e que também possuem constituições em que os direitos fundamentais desfrutam de posição privilegiada no sistema jurídico.

<sup>83</sup> Imagem disponível em < <http://www.esquerdadiario.com.br/Aborto-legal-x-aborto-ilegal-a-realidade-pelo-mundo-afora>> Acesso em 29 de maio de 2017.

<sup>84</sup> DEL RE, Alisa. Aborto e contracepção. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). Dicionário Crítico do Feminismo. São Paulo: Editora UNESP, 2009. P. 22-23

Contudo, nota-se também que, de um modo geral, reconheceu-se estatura constitucional ao interesse na preservação da vida do nascituro, que aumenta na medida em que progride a gestação. Daí porque, apesar das variações nas soluções perfilhadas, pode-se afirmar que, de um modo geral, o que buscam as legislações modernas nesta matéria é um ponto de equilíbrio entre, de um lado, os direitos humanos das gestantes, e, do outro, a proteção à vida do embrião ou feto.<sup>85</sup>

Além disso, estatísticas<sup>86</sup> comprovam que a criminalização do aborto não é capaz de reduzir sua prática, porém a legalização do aborto pode ser capaz de reduzir, além do número de abortos realizados, a taxa de mortalidade das mulheres que realizam o procedimento clandestino. Porém, para conseguir esses dois objetivos, mostra-se necessário, além da legalização do aborto, que a mulher venha a ter acompanhamento médico, psicológico e reeducacional a fim de que se evite uma nova gravidez indesejada.

O Uruguai, por exemplo, descriminalizou a prática do aborto em 2012 e, somente após um ano, balanço do governo, divulgado em imprensa nacional, apontou que, não só reduziu o número de abortos, mas também não ocorreu nenhuma morte de mulheres vítimas de abortos inseguros.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982\\_342\\_abortosarmentodaniel.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf)>. Acesso em: 7 abr. 2017. p. 59

<sup>86</sup> PAÍSES, que liberaram aborto têm taxas mais baixas de casos do que aqueles que o proibem. **Estadão**, 11 mai. 2016. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,paises-que-liberaram-aborto-tem-taxas-mais-baixas-de-casos-que-aqueles-que-o-proibem,10000050484>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

<sup>87</sup> SAIBA como o aborto é regulamentado em sete países. **Opera Mundi**, 28 abr. 2014. Disponível em <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35023/saiba+como+o+aborto+e+regulamentado+em+sete+paises.shtml>> Acesso em: 29 mai. 2017.

## 4 ABORTO: UMA DISCUSSÃO NECESSÁRIA

O tema da descriminalização do aborto envolve os direitos fundamentais mais intrínsecos do indivíduo, assim, qualquer decisão acerca do tema requer estudos aprofundados sobre as possíveis conseqüências que a descriminalização do aborto poderia causar no Brasil. Por fim, reacendendo a discussão sobre o tema no Brasil, destaca-se o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus 124.306, que sinalizou por uma possível mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à tipificação penal do aborto.

### 4.1. Direitos Fundamentais em conflito

Direitos fundamentais são aqueles direitos que compõem um núcleo inatingível de direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de quem é detentor o ser humano.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).<sup>88</sup>

O rol dos direitos fundamentais é bastante extenso, e não há hierarquia entre eles, logo, no plano normativo, não pode haver conflito entre esses direitos. Porém, pode ocorrer que, em determinada situação fática, insurjam mais de um direito fundamental, gerando uma colisão concreta na aplicação desses direitos.

Canotilho<sup>89</sup> explica: “considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.

Ocorre que não há, no ordenamento jurídico, algum critério unânime para solucionar esses conflitos, o que torna ainda mais complicada a solução dessas situações. Para a doutrinadora Carolina Alves de Souza Lima<sup>90</sup>, “o primeiro passo para resolver os conflitos

---

<sup>88</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

<sup>89</sup> GOMES, CANTOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed., Almedina, 1999. p. 1191.

<sup>90</sup> LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 137.

entre direitos fundamentais consiste em definir a estrutura normativa desses direitos, ou seja, definir se eles têm natureza de regra ou princípio”.

Seguindo esse critério, define-se regra como “fatos”, sendo caracterizada por ser concreta e específica quanto à sua aplicação, ou seja, partem de uma hipótese de incidência pré-determinada que, uma vez preenchida, requer, necessariamente, a consequência normativa prevista na regra, utiliza-se a fórmula do “tudo ou nada”. Ou seja, se ocorrer o fato social regrado, a regra é válida e deve ser aplicada.

Já os princípios, para Dworkin<sup>91</sup>, são aqueles *standards* que devem ser observados, sem ter em vista uma finalidade econômica, política ou social, mas sim uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade. Afirma ainda que os princípios não possuem a estrutura disjuntiva das regras, pois não estabelecem claramente os fatos que tornam obrigatória sua aplicação.

Assim, quando a colisão é de regras, pode-se utilizar uma, invalidando a outra, porém, no caso de colisão de princípios, não pode haver essa exclusão, sendo necessário “sopesar” os princípios no caso concreto.

Segundo Dworkin<sup>92</sup>, os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*) que as regras não possuem, portanto, no caso de colisão de princípios, a decisão deve ser tomada com base no princípio que, no caso concreto, apresente uma importância ou peso relativo maior que o outro princípio colidente, o que não impede que, em uma nova circunstância, a prevalência inverta-se.

Logo, como o sistema jurídico é constituído de princípios e regras, um juiz, ao se deparar com uma situação de colisão entre os princípios e as regras, está autorizado a não aplicar literalmente tal regra.

O crime do aborto envolve claramente princípios e regras fundamentais ao ordenamento jurídico brasileiro, posto que quem é a favor da criminalização utiliza-se do princípio constitucional de que o feto tem “direito à vida” como argumento, enquanto quem é a favor da descriminalização justifica-se em preceitos da proteção a dignidade humana, liberdade, autonomia da vontade, direito à privacidade, direito à saúde entre outros, tudo isso perante a regra penal de que quem pratica o aborto deve ser punido.

Conforme já exposto, a vida intrauterina é protegida pela Constituição, porém com uma intensidade menor do que a vida de uma pessoa já nascida. Deve-se proteger a vida

---

<sup>91</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. P.22.

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. P.25-26.

intrauterina, porém essa proteção deve ser feita de forma gradual e com respeito aos demais princípios do ordenamento jurídico.

Conforme Daniel Sarmento<sup>93</sup>, “a atribuição de um peso absoluto à proteção da vida do nascituro implicaria, necessariamente, na lesão a estes direitos, razão pela qual se torna essencial sua relativização”.

Ou seja, entende-se que a questão do aborto merece uma flexibilização a fim de resguardar direitos como: proteção da dignidade humana, liberdade, autonomia da vontade, privacidade saúde, entre outros.

Além disso, o conflito presente na questão da descriminalização do aborto também envolve os Direitos Sexuais e Reprodutivos, recentemente (1994) reconhecidos como Direitos Humanos, como resultado da luta feminista. Esses direitos, sob a perspectiva do direito à igualdade entre homens e mulheres, prevêm o livre exercício da sexualidade, bem como da reprodução humana, logo, seria direito de cada homem e mulher decidir quando e se querem reproduzir.

No mesmo sentido, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo (1994), e a Conferência Mundial sobre a Mulher, Beijing (1995), afirmam que os direitos reprodutivos são fundamentais para os direitos humanos. Incluem o direito de todo casal e indivíduo a ter controle e decisão sobre as questões relativas à sua sexualidade e reprodução, livres de coerção, discriminação e violência.<sup>94</sup>

Já os princípios da liberdade e autonomia prevêm a autodeterminação do homem e da mulher para tomar decisões que são consideradas fundamentais para sua vida, sem interferência do Estado ou da sociedade. Daniel Sarmento<sup>95</sup> assim dispõe:

E uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher é aquela concernente a ter ou não um filho. É desnecessário frisar o impacto que a gestação e, depois, a maternidade, acarretam à vida de cada mulher. A gravidez e a maternidade podem modificar radicalmente o rumo das suas existências. Se, por um lado, podem conferir um novo significado à vida, por outro, podem sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais. É dentro do corpo das mulheres que os fetos são gestados, e ademais, mesmo com todas as mudanças que o mundo contemporâneo tem vivenciado, é ainda sobre as mães que recai o maior peso na criação dos seus filhos. Por tudo isto, a questão tem intensa conexão com a idéia de autonomia reprodutiva", cujo fundamento pode ser encontrado na própria idéia de dignidade humana da mulher (art. 1º, 11, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, *caplll!* e inciso X, CF).

---

<sup>93</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005. p. 70. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 7 abr. 2017.

<sup>94</sup> DA SAÚDE, Ministério. **Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescente**. 2. Ed. Brasília, 2005, p. 41. Disponível em: <[http://www.campanhapontofinal.com.br/download/informativo\\_01.pdf](http://www.campanhapontofinal.com.br/download/informativo_01.pdf)>. Acesso em: 5 jun. 2017.

<sup>95</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005. p. 76. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 7 abr. 2017

Ressalta-se que não há nenhum direito absoluto, nem mesmo os considerados mais fundamentais, posto que o que é considerado fundamental pode variar a cada contexto histórico, ou seja, pode variar de acordo com a época e a sociedade em questão.

Logo, não se deve considerar nem mesmo a vida como bem supremo absoluto, acima de direitos como liberdade e dignidade, pois, ao invés de o direito à vida ficar por cima dos demais direitos, como o direito supremo, o mais correto é que esses direitos caminhem juntos, na busca por uma existência digna.

Assim, entender pela descriminalização regulamentada do aborto não é negligenciar o direito à vida do nascituro sobrepondo todos os direitos da mulher supracitados, não se pretende também afirmar caráter absoluto a nenhum desses direitos. Pelo contrário, busca-se ponderação para tentar solucionar a controvérsia da legalização do aborto.

O que não se pode é admitir que continue prevalecendo um tipo penal que esteja em vigor em razão de um contexto completamente diferente do atual, com raízes profundamente machistas e formulado em um momento político autoritário, em que a liberdade, principalmente da mulher, não era preservada. O crime do aborto foi elaborado sem nenhuma consideração aos direitos das mulheres, podendo agravar ainda mais as diferenças entre os homens e as mulheres, ofendendo diretamente o princípio da igualdade.

Uma mulher forçada pela lei a submeter-se à dor e à ansiedade de carregar, manter e alimentar um feto que ela não deseja ter está legitimada a acreditar que mas que um jogo de palavras liga o seu trabalho forçado ao conceito de servidão involuntária. Dar à sociedade - especialmente a uma sociedade dominada pelo sexo masculino - o poder de condenar a mulher a manter a gestação contra sua vontade é delegar a alguns uma autoridade ampla e incontrolável sobre a vida de outros. Qualquer alocação de poder como esta opera em sério detrimento das mulheres com classe. dada a miríade de formas pelas quais a gravidez indesejada e a maternidade indesejada oneram a participação das mulheres como iguais na sociedade.<sup>96</sup>

Além disso, obrigar uma mulher a manter uma gravidez por 9 (nove) meses, o que lhe traz mudanças diretas em seu corpo e seu psicológico, é uma afronta ao princípio da liberdade e da saúde da mulher. Até porque não existe, no ordenamento brasileiro, previsão de aborto legal em casos de comprovado abalo psíquico da mulher.

Assim, entende-se que o mais razoável e justo seria adotar no Brasil solução semelhante ao praticado pela maioria dos países europeus que entenderam como questão de

---

<sup>96</sup> American Constitutional Law. 2nd ed .. **Mineola: The Foundation Press**. Tradução por Daniel Sarmiento, Artigo 1988. p. 1354.

saúde pública e respeito aos direitos das mulheres a possibilidade de aborto voluntário no primeiro trimestre de gravidez.

#### 4.2 Possíveis conseqüências da descriminalização do aborto

O aborto é uma prática presente em todas as sociedades, seja ele provocado ou natural. O aborto provocado, conforme exposto ao longo de todo esse trabalho, pode ocorrer por diversas razões, como de saúde, crenças, valores, controle de natalidade ou de planejamento familiar. Ou seja, as situações podem ser as mais diversas possíveis, mas fato é que o índice de aborto no mundo é alto, e, por isso, a descriminalização do aborto é tema que merece reflexão por parte de todo o ordenamento jurídico internacional.

Estimativas realizadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS)<sup>97</sup> apontam:

Cada ano, calcula-se que são realizados 22 milhões de abortamentos inseguros. Quase todos os abortamentos inseguros (98 %) ocorrem em países em desenvolvimento. A quantidade total de abortamentos inseguros aumentou de 20 milhões em 2003 para aproximadamente 22 milhões em 2008, embora a taxa global de abortamentos inseguros não tenha se modificado desde o ano 2000.

Aproximadamente 47 000 mortes relacionadas com a gravidez são provocadas por complicações derivadas de um abortamento inseguro. Estima-se também que 5 milhões de mulheres passam a sofrer de disfunções físicas e/ou mentais como resultado das complicações decorrentes de um abortamento inseguro.

Os impressionantes avanços no uso de anticoncepcionais acarretaram uma redução na quantidade de gravidezes não desejadas, porém, não eliminaram a necessidade de se ter acesso a um abortamento seguro. Prevê-se que umas 33 milhões de usuárias de anticoncepcionais, isto é, usando métodos anticoncepcionais, fiquem anualmente grávidas acidentalmente. Algumas destas gravidezes acidentais são finalizadas mediante abortamentos induzidos, e as restantes irão gerar bebês não planejados.

Independentemente de o abortamento ser feito com todas as restrições legais ou estar absolutamente disponível, a probabilidade de uma mulher engravidar de forma não desejada e, por isto, tentar um abortamento induzido é praticamente a mesma. Entretanto, as restrições legais, bem como outras barreiras, fazem com que muitas mulheres induzam o abortamento ou façam um abortamento com profissionais não especializados. O abortamento ser ou não legal não produz nenhum efeito sobre a necessidade de praticá-lo, porém, afeta dramaticamente o acesso das mulheres a um abortamento em condições seguras.

Nos lugares onde a legislação permite abortamentos segundo indicações amplas, a incidência e as complicações de um abortamento inseguro em geral são menores do que nos lugares onde o abortamento legal está mais restrito.

Em quase todos os países, a lei permite o abortamento para salvar a vida da mulher e na maioria dos países o abortamento está permitido para preservar a saúde física ou

---

<sup>97</sup> SAÚDE, Organização Mundial. **Abortamento Seguro: Orientação Técnica e de Políticas para Sistemas de Saúde.** p. 27. Disponível em: < [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/7/9789248548437\\_por.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/7/9789248548437_por.pdf)>. Acesso em 6 jun. 2017.

mental da mulher. Portanto, é necessário oferecer acesso ao abortamento seguro, conforme indicado por lei.

O abortamento inseguro, a morbidade e a mortalidade associadas às mulheres podem ser evitados. Consequentemente, todas as mulheres devem contar com serviços de abortamento disponíveis e acessíveis na medida em que a lei permitir.

Além disso, a realidade mostra que a problemática do aborto no Brasil envolve a desigualdade de classe, de raça e de gênero, posto que quem mais morre com abortos clandestinos é a mulher, preta e pobre<sup>98</sup>.

Porém, mesmo ainda sendo a taxa de aborto no Brasil e no mundo muito alta, bem como a taxa de mortalidade de mulheres que se submetem a abortos clandestinos, ainda é grande o número de pessoas contra a descriminalização do aborto. Um dos maiores receios da sociedade quanto à possibilidade de descriminalização do aborto é sobre as possíveis conseqüências que a legalização dessa prática poderia ter, principalmente, em um país de dimensões continentais como o Brasil.

Entretanto, ao contrário do que muitos acreditam, ao se analisar os países em que houve a descriminalização do aborto, extrai-se que, além da queda no número de mortes maternas, a prática do aborto também sofreu reduções, pois, na maioria desses países, a descriminalização do aborto veio acompanhada de políticas públicas voltadas para educação sexual e assistência social das mulheres grávidas.

Um exemplo é o Uruguai, conforme já exposto, que, após apenas um ano da descriminalização do aborto, não só reduziu o número de abortos, como levou a zero o número de mortes de mulheres vítimas de abortos inseguros.

Na França, a situação é mais positiva ainda. Após mais de 40 anos da descriminalização do aborto, estatísticas oficiais registraram que há menos de 1 morte por ano em conseqüência de práticas abortivas. Além disso, o número de interrupção de gravidez, no país, permaneceu praticamente alterado nas últimas décadas (aproximadamente 220 mil).<sup>99</sup>

É evidente que o Brasil apresenta muitas falhas em seu sistema de saúde, principalmente o público, logo é difícil acreditar que haveria, na prática, um acompanhamento médico e social para as mulheres que decidam abortar, a fim de evitar a reincidência da prática.

---

<sup>98</sup> MORTES, por aborto no Brasil: a legitimação da nossa ignorância. **Carta Capital**, 28 set. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/mortes-por-aborto-no-brasil-legitimacao-da-nossa-ignorancia/>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

<sup>99</sup> 17 de Janeiro: 40 anos de aborto legal na França, 17 jan. 2015. **Carta Capital**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/mortes-por-aborto-no-brasil-legitimacao-da-nossa-ignorancia/>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

Pois, além de descriminalizar o aborto, é necessária a aplicação de políticas públicas, como medidas socioeducativas, planejamento familiar e social das famílias mais carentes, programas de saúde para conscientizar a respeito do uso de métodos contraceptivos e evitar que o número de abortos continue crescendo.

Porém, não se pode deixar que o medo de um problema governamental do Brasil continue proibindo uma prática que, por sua clandestinidade, acaba matando milhares de mulheres por ano. Não se pode aceitar que um problema acabe gerando outro. O aborto é questão de saúde pública, e as mulheres não devem ser penalizadas por resolverem fazê-lo, nem mesmo morrer por terem que se submeter a abortos clandestinos.

Além disso, ainda é mistificada a idéia que o aborto traz consigo traumas e problemas psicológicos e que as mulheres que abortam acabam se arrependendo depois. Porém, estudos mostram que o aborto não é causa direta para problemas psicológicos, muito pelo contrário, traz alívio para essas mulheres.

A principal conclusão é que a interrupção da gravidez não tem conseqüências psicológicas negativas para as mulheres que tomam a decisão de abortar por si mesmas, sem pressões externas em nenhum sentido. Esta foi a conclusão unânime de um painel de especialistas convocado pela Associação Americana de Psicologia, [...]. Os autores de uma revisão transnacional sobre esse assunto, realizada na década de 1970, concluíram que a conseqüência psicológica mais frequentemente observada após um abortamento “era, de longe, a de alívio”.<sup>100</sup>

Assim, não seria razoável afirmar que a descriminalização do aborto tornaria a prática uma nova medida anticoncepcional, posto que, mesmo realizado em ambiente adequado e com os subsídios imprescindíveis para um aborto seguro, o aborto ainda assim é um procedimento doloroso, que requer cuidados, e que nenhuma mulher deseja passar.

Importante também destacar o reflexo de uma possível descriminalização na economia do Brasil. O gasto do sistema público de saúde do Brasil com as conseqüências do aborto inseguro é enorme:

Quinto maior causador de mortes maternas no Brasil, o aborto tem um custo financeiro tão alto quanto o emocional. Repórteres do GLOBO calcularam, com base em dados do estudo, e do DataSus, quanto os governos gastam com complicações decorrentes de interrupções da gravidez — a maioria clandestina. No ano passado, foram 205.855 internações decorrentes de abortos no país — sendo 51.464 espontâneos e 154.391 induzidos (ilegais e legais). Levando em consideração que o valor médio da diária de uma internação no SUS é de R\$ 413 e que as hospitalizadas passaram apenas um dia sob cuidados médicos, o governo gastou R\$ 63,8 milhões por conta dos abortos induzidos. Também em 2013, foram 190.282 curetagens (método de retirada de placenta ou de endométrio do corpo), a grande maioria de quem quis interromper a gravidez. Isso teria custado um total de R\$ 78,2

<sup>100</sup> FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTOO, José. **O Drama do Aborto**: em busca de um consenso. Campinas: Komedi, 2004. p.78.

milhões, já que, pela tabela do SUS, cada intervenção custa, em média, R\$ 411. No total, chega-se a, no mínimo, R\$ 142 milhões.<sup>101</sup>

Ou seja, a descriminalização do aborto poderia representar uma redução nos gastos com os procedimentos realizados em mulheres com complicações após abortos inseguros. É fato que a descriminalização do aborto faria crescer o número de abortos realizados pelo SUS (Sistema Único de Saúde), porém os gastos com abortos seguros são menores do que com os procedimentos realizados decorrentes de abortos clandestinos, posto que o número de curetagens pós-aborto no SUS pode chegar a ser 100 (cem) vezes mais do que o número de abortos realizados dentro da lei.<sup>102</sup> Além disso, os gastos com os abortos inseguros podem ser ainda maiores:

Em muitos hospitais dos países desenvolvidos, o atendimento às mulheres com complicações de abortos inseguros consome uma elevada proporção dos recursos disponíveis: leitos hospitalares, tempo de centro cirúrgico, equipamentos médicos, antibióticos, soro, sangue e seus derivados, outros materiais de consumo e pessoal especializado.<sup>103</sup>

Ressalte-se ainda que a descriminalização da prática do aborto não implica na obrigatoriedade das mulheres em realizá-lo, mas permite descobrir as reais necessidades das mulheres que buscam essa prática, pois, enquanto houver a criminalização, essas mulheres permanecerão caladas, e os motivos que a levaram ao aborto são mantidos em segredo e no estigma.

Logo, a descriminalização do aborto irá resultar em mais vantagens do que possíveis prejuízos, começando pela redução no número de mortes de mulheres pela prática de abortos inseguros.

Além disso, a descriminalização representaria o respeito aos direitos fundamentais das mulheres. E, por meio do planejamento familiar que deve acompanhar essa descriminalização, em longo prazo, haveria menos famílias desestruturadas econômico e socialmente no Brasil.

Ou seja, é razoável supor que a legalização do aborto pode contribuir para a melhoria das condições de saúde das mulheres, especialmente as pobres, que, atualmente, são as que mais sofrem as consequências de abortos clandestinos.

---

<sup>101</sup> TABU, nas campanhas eleitorais, aborto é feito por 850 mil mulheres a cada ano. **O GLOBO**, 19 set. 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968#ixzz3SVBvza00>> Acesso em: 8 jun. 2017.

<sup>102</sup> SUS, atende 100 vezes mais casos pós-aborto do que faz interrupções legais. **Uol Notícias**, 10, mar. 2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/03/10/sus-atende-100-vezes-mais-casos-pos-aborto-do-que-faz-interruptoes-legais.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

<sup>103</sup> FAÜNDES, Aníbal; BARZELATTOO, José. **O Drama do Aborto**: em busca de um consenso. Campinas: Komedi, 2004. p.81.

Dessa forma, conclui-se que a proibição do aborto resulta em mais prejuízos do que se pretende evitar, pois a norma penal não inibe a realização da prática, mas obriga as mulheres a se submeterem a clínicas clandestinas, pondo sua vida e saúde em risco.

### 4.3. Uma nova esperança: decisão do STF no julgamento do HC 124306

No dia 30 de novembro de 2016, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal surpreendeu ao decidir, de maneira histórica, no julgamento do Habeas Corpus (HC) 124.306, de forma a possibilitar a realização de aborto legal nos três primeiros meses de gestação.

A decisão refere-se ao julgamento de Habeas Corpus que revogou a prisão preventiva de cinco pessoas que trabalhavam em uma clínica clandestina de aborto em Duque de Caxias/RJ.

A prisão dos envolvidos foi resultado de uma operação policial de flagrante na referida clínica, após denúncias anônimas, onde foram presos: o médico responsável por realizar os procedimentos, um policial civil, o taxista que realizava o transporte das grávidas, uma faxineira que também auxiliava na realização dos abortos e a dona do estabelecimento.<sup>104</sup> As mulheres que estavam na clínica aguardando o procedimento abortivo foram levadas à delegacia, porém nenhuma delas foi denunciada.

Os envolvidos foram presos em flagrante, porém o juízo de primeiro grau decidiu pela liberdade provisória. Entretanto, em 25.02.2014, a 4ª Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público para revogar a decisão de liberdade provisória da primeira instância, e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinou a prisão preventiva, que foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O habeas corpus foi para julgamento no Tribunal Superior em agosto de 2016, quando o ministro Luís Roberto Barroso pediu vista. Em seu voto, o ministro não só concordou com a argumentação de falta de fundamentos para manutenção da prisão preventiva, como foi além acusando que a criminalização do aborto até o primeiro trimestre de gravidez viola direitos fundamentais da mulher previstos na Constituição Federal. Destaca-se alguns trechos do acórdão dessa decisão<sup>105</sup>:

---

<sup>104</sup> CLÍNICA, de aborto é fechada em Duque de Caxias; 10 pessoas são presas. Jornal Folha, 15, mar. 2013. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/03/1246763-clinica-de-aborto-e-fechada-em-duque-de-caxias-10-pessoas-sao-presas.shtml>> Acesso em 7 de junho de 2017.

<sup>105</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do HC 124.306**. Relator Ministro Marco Aurélio, 29 nov. 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4637878>> Acesso em: 7 jun. 2017.

Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

(...)

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Além disso, em seu voto, o ministro ressaltou que a criminalização do aborto representa uma discriminação com as mulheres pobres que não têm condição de pagar por procedimentos médicos particulares e mais seguros e também não têm acesso a procedimentos públicos.

O prazo de 3 (três) meses como o adequado para a realização de um aborto legal foi, segundo o ministro relator, resultado de parâmetros de países democráticos e desenvolvidos, como os Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Reino Unido, França, Itália, Espanha, Portugal e Holanda.

Em seu voto, destaca-se que o Ministro entendeu, à luz da Constituição Federal, que o aborto provocado pela gestante, ou por terceiros, no primeiro trimestre de gestação viola os direitos fundamentais das mulheres, sem negar, entretanto, a existência dos direitos à vida do nascituro. Explica-se:

Para o Ministro, o tema é exemplo de conflito entre direitos fundamentais, e a solução é a aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade: Para justificar uma tipificação penal (como a do aborto), deverão ser preenchidos os três subprincípios que dão conteúdo à proporcionalidade: adequação (a tipificação penal como medida adequada para tutela do direito à vida do feto), necessidade (inexistência de outro meio para proteger o bem jurídico e que seja menos gravoso às mulheres) e a proporcionalidade em sentido estrito (análise dos custos e benefícios dessa tipificação penal).

Quanto à adequação, por meio de dados estatísticos, o Ministro conclui que a criminalização do aborto não protege a vida do feto, mas acaba afetando o número de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mortes decorrentes de abortos clandestinos. Assim, por ser medida ineficaz para proteger o direito à vida do feto, esse requisito não estaria preenchido.

Em relação à necessidade, assim dispõe o Ministro:

As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade.

Por fim, quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, citando a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Roe v. Wade*, o ministro concluiu que a criminalização do aborto protege, em um grau muito reduzido, os direitos do feto, mas, por outro lado, produz, em grau elevado, inúmeras restrições aos direitos mais elementares das mulheres. Logo, não haveria “razão de ser” dessa tipificação penal.

Entre os direitos fundamentais violados, o Ministro cita: violação à autonomia da mulher (quanto ao direito de poder controlar o seu corpo e decidir se quer ou não cessar uma gravidez), violação do direito à integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, violação à igualdade de gênero. Por fim, relata que a tipificação penal do aborto representa “discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres”.

Assim, para ele, o papel do Estado não deve ser criminalizar a prática, mas sim a oferta de “educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas”. Destaca-se alguns trechos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>106</sup>:

Passando da teoria à prática, é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana. O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado

---

<sup>106</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do HC 124.306**. Relator Ministro Marco Aurélio, 29 nov. 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4637878>> Acesso em: 7 jun. 2017.

torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.

21. Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido plano.

22. Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem.

(...)

29. A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da igualdade de gênero. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desigualdades infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, *“se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta”*

(...)

Também a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita.

37. Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta. Mas, do ponto de vista médico, como assinalado, há um efeito perverso sobre as mulheres pobres, privadas de assistência. Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro.

O voto de Barroso foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber e Edson Fachin, porém os demais ministros (Marco Aurélio e Luiz Fux) não se manifestaram sobre a descriminalização do aborto, só votaram a favor da revogação das prisões preventivas.

Quase instantaneamente após a referida decisão, a Câmara dos Deputados reagiu de forma contrária à decisão: o presidente da câmara, Rodrigo Maia, anunciou, após apelos advindos principalmente da bancada evangélica, a criação de uma comissão especial para definir uma regra clara sobre o aborto para ser incluída na Constituição.

A decisão, por mais que tenha sido considerada inédita, já teve precedentes. Em 2014, o Ministro Marco Aurélio concedeu liminar para soltar cinco médicos e funcionários de uma clínica no Rio de Janeiro com argumento de que não existiam os requisitos legais para a prisão preventiva (risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal).

O Supremo Tribunal Federal, nessa decisão, julgou somente o Habeas Corpus para revogar a prisão preventiva dos envolvidos, porém o mérito da questão continuou a ser julgado pela Justiça Estadual do Rio de Janeiro.

Assim, por mais que a decisão não seja vinculante, ela pode ser utilizada como parâmetro para que outros magistrados, em outras instâncias, adotem entendimento semelhante com base na decisão da primeira turma do STF. A decisão também leva ao entendimento de que, caso o tema seja levado ao plenário do STF, só que em um debate de repercussão geral, possa haver uma revisão das proibições ao aborto atualmente previstas no Código Penal.

Além disso, a decisão destacou a importância do debate sobre a descriminalização do aborto e da necessidade de análise da recepção pela constituição de normas anteriores a ela. Essa análise pode levar à declaração de inconstitucionalidade da norma que criminaliza o aborto ou a uma interpretação à luz da Constituição, o que foi feito pelo ministro relator.

Sem dúvidas, essa decisão representou um avanço nos direitos humanos e fundamentais, principalmente, das mulheres, além de coadunar com todo o pensamento exposto nesse trabalho. O voto do Ministro Luís Roberto Barroso reacendeu a esperança na justiça brasileira, de um posicionamento justo e democrático à luz dos preceitos da Constituição Federal Brasileira.

## 5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, foi demonstrado que a criminalização do aborto hoje, no Brasil, é um tipo penal simbólico, que retrata o pensamento arcaico da sociedade brasileira, posto que é fruto de um período marcado pela subordinação da mulher ao homem, além da grande e direta influência da Igreja Católica.

Demonstrou-se ainda que não existe um consenso definitivo sobre o início da vida, o que existe são diversas teorias que se justificam em diferentes fases da gestação para defini-lo como o marco do início da vida. O próprio código penal não define quando começa a vida, mas o que se observa é que as exceções a antijuricidade do tipo penal pressupõem o objetivo intrínseco da lei não é tutelar o direito à vida do feto. No caso do aborto legal em casos de estupro, por exemplo, a condição da mulher finalmente é colocada em evidência, relativizando o direito à vida do feto.

Assim, deve haver ponderação e razoabilidade ao analisar o direito à vida do feto, levando-se em conta também a condição da mulher gestante e seus direitos fundamentais mais elementares.

A criminalização do aborto tenta obrigar as mulheres a terem filhos, mesmo que não possuam condição (psicológica ou econômica) alguma para tanto, entretanto essa criminalização não vem acompanhada de qualquer meio de amparo a mulher que irá arcar, muitas vezes sozinha, com um filho indesejado, o que perpetua um estado de desigualdade, principalmente da mulher negra e pobre, já tão agravado na sociedade.

Não se acredita que uma mulher deve ser penalizada criminalmente por não querer ter um filho, independente da situação em que esteja.

O aborto nunca será visto como meio anticoncepcional, o aborto não é algo “legal”, não é uma prática que alguém se orgulha em realizar, porém, acredita-se, com grande fervor, que as mulheres devem ter o direito de serem livres para tomar a decisão que for mais conveniente com seus interesses próprios, seus planos de vida e suas convicções.

Reconhece-se, portanto, como necessário que o Direito acompanhe os avanços sociais e científicos, oferecendo um regramento adequado a esses avanços, tendo em vista que o cenário social da época em que a tipificação do aborto foi criada mudou, e o número de mortes decorrentes de abortos clandestinos clama por mudanças na lei.

Assim, é preciso encontrar uma solução justa e compatível com a dignidade da pessoa humana, tanto do feto quanto da mulher grávida, sendo que esses, atualmente, estão sendo completamente ignorados pela legislação em vigor.

A proteção aos direitos constitucionais da mulher visa uma reforma urgente na legislação, objetivando a descriminalização do aborto para legalizar o direito da mulher de escolher se quer ou não abortar até a décima segunda semana de gestação, prevalecendo a vontade consciente da mulher que goza de autonomia e liberdade que a evolução da sociedade finalmente lhe garantiu. A mulher assim, poderia ser plenamente dona de seu corpo e de seu destino, com plena capacidade de se autodeterminar.

Porém, reconhece-se como imprescindível que a mudança na legislação venha acompanhada de mudanças progressivas nas políticas públicas, a fim de serem realizadas políticas públicas voltadas para educação sexual, planejamento familiar e no sistema de saúde a fim de capacitar o SUS para realização dos procedimentos de interrupção voluntária de gravidez.

Através dessas medidas evitaria não só a temida banalização da prática (o que não se acredita), bem como seria possível finalmente diminuir o número de abortos realizados, mesmo os voluntários, posto que, com a efetividade dessas medidas públicas, as mulheres poderiam ter maior controle de sua vida sexual e reprodutiva.

Porém, tão importante quanto todo o exposto, é a necessidade de discutir o assunto na sociedade. O tema do aborto ainda é tabu entre as pessoas, até mesmo na comunidade acadêmica. Assim, muitas pessoas são levadas a crer que o aborto não acontece, ou que é algo raro, enquanto as estatísticas expostas mostram exatamente o contrário. Precisa-se tirar esse problema das obscuridades e, ao mesmo tempo, precisa-se estudar e debater o tema, abrindo espaço para sanar dúvidas e reforçar a urgência de medidas públicas voltadas a resolver esse problema que mata milhões de mulheres em todo o mundo.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 168.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.
- BARCHIFONTAINE, Christian De Paulo De. **Bioética e início da vida: alguns desafios**. São Paulo: Ideias e Letras, 2004.p. 111.
- BARSTED, Leila Linhares. **Direitos Humanos e Descriminalização do aborto**. In. Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 93.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.I .
- BLAY, Eva Alternam. **Um Caminho Ainda em Construção: A Igualdade de Oportunidades para as Mulheres**. Revista da USP nº 49 (março/abril/maio/2001). p. 82-97.
- BRASIL. **Código Penal de 1940**. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 6 mai. 2017.
- BRASIL. **Código Penal Republicano**. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 6 mai. 2017.
- BRAZIL. **Código Criminal Do Imperio Do Brazil**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)> Acesso em: 6 mai. 2017.
- BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico prosódico da língua portuguesa**. 1960. p. 115.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.II. p. 119.
- COSTA JUNIOR., Paulo José da. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 390.
- DEL RE, Alisa. **Aborto e contracepção: Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 23-24.
- DINIZ, Débora; 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: 2 jun. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do direito civil.** 34 ed. Saraiva, 2017. p. 114.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.58.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. P.22.

FAUNDES, Aníbal; BARXELATTOO, José. **O Drama do Aborto:** em busca de um consenso. Campinas/SP: Komedi, 2004.

FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. **Movimentos Feministas:** Dicionário Crítico do Feminismo. São Paulo: UNESP, 2009. p. 144-145.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil:** parte geral. v. 1. Brasiliense, 2004. p. 88.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte especial. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. v.II.

Hungria, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 271-2.

LAFER, Celso. Estado Laico. **Direitos Humanos, Democracia e Republica:** Homenagem a Fabio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 227.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo:** corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001. p. 230.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia:** direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 137.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O Direito Penal na regulação da vida e da morte ante a biotecnologia.** 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. p. 74. Disponível em: < <http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34756/R%20-%20T%20-%20MARIA%20AUXILIADORA%20MINAHIM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma técnica sobre prevenção e Tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes.** 3 ed. Brasília: Editora MS, 2012 Disponível em:

<[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3\\_ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3_ed.pdf)> Acesso em: 21abr. 2017. p. 69,70.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. v. III, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

Nucci, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luíz Regis. **Curso Brasileiro de Direito Penal**. v. 2. Parte Especial, Arts. 121 a 183. 5 ed. Ver., atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROSADO-NUNES, Maria José. **Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres**. São Paulo, 2006. p. 37.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.34.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética – I: fundamentos e ética bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. v. I. p. 357.

STREFLING, Sérgio Ricardo. **Os sete graus de atividade da alma humana no *de quantitate animae* de Santo Agostinho**. Marília, 2014. v. 37. n. 3. p. 179-200.