



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

FERNANDA LEONTSINIS CARVALHO BRANCO

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

FORTALEZA

2017

FERNANDA LEONTSINIS CARVALHO BRANCO

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

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

Área de concentração: Direito Penal Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças.

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)

- B813d Branco, Fernanda Leontsinis Carvalho.
Descriminalização do aborto / Fernanda Leontsinis Carvalho Branco. – 2017.
57 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2017.
Orientação: Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças.
1. Aborto. 2. Direitos Humanos. 3. Princípio da Proporcionalidade. I. Título.

CDD 340

FERNANDA LEONTSINIS CARVALHO BRANCO

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

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

Área de concentração: Direito Penal Constitucional.

Aprovada em __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

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

Mestrando Davi Guimarães Mendes
Universidade de São Paulo (USP)

Aos meus pais, Sylvia e Fernando, por todo o apoio.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Sylvia e Fernando, por todo o esforço na difícil tarefa que lhes foi dada de cuidar de mim e de meus irmãos e pelo modo como o fizeram com carinho.

Aos meus irmãos, Felipe e Christian, pelas experiências vividas e memórias compartilhadas de uma infância feliz.

À minha tia, Rita de Cássia, que ajudou meus pais na minha criação e que é como uma segunda mãe pra mim.

Às meninas que alegam a nossa família e mudam completamente o dia de quem com elas tem a oportunidade de conviver com um simples olhar ou sorriso, Yasmin, Ana Mell, Leusyane, Alexia e Bruna.

Ao meu namorado, Ismael, pelo companheirismo e por me fazer tão bem, sempre na torcida pelo meu sucesso.

Aos meus amigos, Sarah e Victor, que tive a sorte de encontrar nesta Faculdade e partilhar momentos inesquecíveis. Que nossa amizade perdure!

Aos demais colegas de sala que dividiram comigo a experiência da graduação, compartilhando conhecimento e alegrias, com agradecimentos especiais a Marcelo, Victor Valença, Rafael, Felipe e Bruna.

Aos meus amigos conegistas, João Arthur, Mônica e Gabrielle por toda a ajuda, ainda que de longe.

A todos com quem pude trabalhar nos estágios da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, da Defensoria Pública da União no Estado do Ceará e no escritório Ângelo Gadelha, pessoas fundamentais no meu crescimento profissional e pessoal.

Ao Professor Gustavo Cabral e ao mestrando Davi Guimarães por terem, prontamente, aceitado o convite de participar da minha banca avaliadora.

Por fim, ao Professor Sérgio Rebouças, que foi bastante disponível desde o início da pesquisa, embora ocupado, fez considerações imprescindíveis para o engrandecimento do trabalho, sem os quais não me permitiria concluir.

“A inércia é que é sinônimo de morte. A lei da vida é mudar.” (Simone de Beauvoir)

RESUMO

O trabalho trata da descriminalização do aborto no Brasil, defendendo uma mudança na legislação penal para permitir o aborto nos três primeiros meses de gestação. Inicialmente, é necessária uma análise da problemática do início da vida, a fim de descobrir qual o momento de início da vida e da proteção jurídica destinada ao nascituro. Em seguida, verificam-se os direitos fundamentais das mulheres violados com a criminalização do aborto e o direito à vida do feto. Também, há o estudo da legislação penal em vigor e de sua proporcionalidade, averiguando-se a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da norma. O estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, incluindo-se, no material de apoio, livros, monografias, dissertações de mestrado, teses de doutorado, revistas, artigos, legislações, decisões judiciais e consultas a sites de órgãos públicos. Os resultados obtidos foram no sentido de desrespeito aos direitos fundamentais da mulher, ao impossibilitá-la de realizar a escolha pela continuidade da gestação ou por sua interrupção. Foi possível concluir, também, pela desproporcionalidade da norma incriminadora e por fim, pela necessidade de reforma na legislação em vigor para, em conformidade com as atuais legislações de países como França, Portugal, Uruguai, entre outros, permitir o aborto nos três primeiros meses de gestação.

Palavras-chaves: Aborto. Direitos Humanos. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This paper deals with the decriminalization of abortion in Brazil, advocating a change in criminal law to allow abortion in the first three months of pregnancy. Initially, an analysis of the problem of the beginning of life is necessary in order to discover the moment in which begins life and the legal protection of the unborn child. Next, the fundamental rights of women violated with the criminalization of abortion and the right to life of the fetus are verified. Also, there is the study of the criminal legislation in force and its proportionality, ascertaining the adequacy, necessity and proportionality in the strict sense of the norm. The study was developed through bibliographical research, performed by means of books, monographies, doctorate and LLM thesis, legal magazines and articles, legislation, judicial decisions and public websites. The results obtained were in the sense of disrespect of the fundamental rights of women, making it impossible to them to choose whether to continue the pregnancy or to stop it. It was also possible to conclude by the disproportionality of the incriminating norm and, finally, by the need for reform in the legislation in force to, in accordance with the current legislation of countries like France, Portugal, Uruguay, among others, to allow abortion in the first three months gestation.

Keywords: Abortion. Human Rights. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 INÍCIO DA VIDA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.1 Principais teorias acerca do início da vida.....	11
2.2 Direitos fundamentais da mulher violados com a criminalização do aborto.....	16
3 ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	22
3.1 Espécies criminosas de aborto.....	22
3.2 Hipóteses permitidas de aborto.....	24
4 ABORTO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	30
4.1 Subprincípio da adequação.....	33
4.2 Subprincípio da necessidade.....	37
4.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	43
5 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

No mundo todo, o aborto é tema polêmico e controvertido que desperta diversas discussões na sociedade, opondo-se os que defendem a possibilidade de escolha da mulher em interromper a gestação aos que defendem a proteção à vida do nascituro e a consequente criminalização do aborto.

No Brasil, a opção do legislador foi pela criminalização do aborto tipificado nos artigos 124 a 128 do Código Penal de 1940. Entretanto, há décadas discute-se a possibilidade de alteração na referida lei para permitir o aborto nas primeiras semanas de gestação. Recentemente, esta discussão tomou fôlego com o julgamento do HC 124.306 pela primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em que o ministro Luís Roberto Barroso proferiu voto-vista pela não recepção pela Constituição Federal dos tipos penais que criminalizam o aborto.

Por isto, importante e oportuna, uma discussão acadêmica sobre a possibilidade da legalização do aborto nos três primeiros meses de gestação, na linha defendida pelo Ministro Barroso e da forma em que ocorre em diversos países, como, França, Uruguai e Portugal.

Este trabalho tem por base a pesquisa bibliográfica, envolvendo o conteúdo de livros, monografias, dissertações de mestrado, teses de doutorado, revistas, artigos científicos, notícias, legislações, decisões judiciais e consultas a sites de órgãos públicos brasileiros. Apoiada em tal acervo, a presente monografia divide-se em três partes.

A problemática do aborto envolve diversos direitos fundamentais das mulheres, como, por exemplo, o direito à vida, à autonomia, à integridade física e psíquica, à dignidade, à igualdade, entre outros. Incontestavelmente, envolve, também, o direito fundamental à vida do nascituro e a dificuldade em estabelecer o limite temporal que delimita o início da vida e a consequente proteção jurídica conferida à vida dependente. Discorre-se sobre isto no primeiro capítulo.

No segundo capítulo, há um estudo da legislação penal em vigor que criminaliza de forma geral o aborto, analisando, pormenorizadamente, por sua relevância, as hipóteses permitidas do aborto previstas na lei e aquela advinda de decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em que a Corte conferiu interpretação conforme a constituição aos arts. 124 a 128, do CP, considerando a evolução da ciência e os conhecimentos do legislador na feitura do Código Penal datado de 1940.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, discute-se a proporcionalidade da norma incriminadora, analisando cada subprincípio da proporcionalidade. O primeiro subtópico trata

da adequação da norma penal na proteção ao bem jurídico tutelado, qual seja, o direito à vida do nascituro. Neste ponto, aborda-se, também, o aborto como questão de saúde pública, tendo em vista a grande quantidade de mulheres que não tem outra opção senão a submissão a tratamentos primitivos em clínicas clandestinas para a realização do procedimento abortivo.

No segundo subtópico, analisa-se a necessidade da norma, havendo um estudo comparativo com legislações de países que optaram pela legalização do procedimento nas primeiras semanas de gestação e os resultados obtidos por eles.

No terceiro subtópico, há um estudo da proporcionalidade em sentido estrito, verificando-se os argumentos utilizados por aqueles que defendem a alteração legislativa para permitir a escolha da mulher e por aqueles que defendem o direito à vida do feto e a manutenção da criminalização do aborto.

2 INÍCIO DA VIDA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para o estudo do tema, faz-se necessária, inicialmente, uma análise sobre as teorias que indicam o marco que delimita o início da vida para, em seguida, analisar a dicotomia entre o direito da mulher à dignidade e à escolha e o direito à vida do feto. As palavras do Ministro Marco Aurélio em voto proferido no julgamento da ADPF 54¹ explanam os direitos fundamentais contrapostos na discussão sobre o aborto:

O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

Portanto, será aprofundada neste capítulo a problemática do início da vida e, posteriormente, os direitos fundamentais contrapostos.

2.1 Principais teorias acerca do início da vida

Até o momento, não existe consenso na ciência, religião ou filosofia quanto ao exato instante em que tem início a vida humana. Esta dúvida tomou fôlego, recentemente, com a discussão acerca do aborto de fetos anencéfalos e a utilização de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e de pesquisa.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, por maioria de votos, julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

A Corte Suprema, também, se manifestou quanto à possibilidade de uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e de pesquisa. Instado a se manifestar por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI nº 3510), o plenário do tribunal decidiu que o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merecia reparos.

Em ambos os casos, discutiram os ministros acerca do momento de início da vida. Para enfrentar este problema, vejamos algumas teorias.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adpf nº 54. Diário Oficial da União. Brasília, 30 de abril de 2013.

A teoria concepcionista entende que o início da vida humana surge com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, momento este chamado concepção. Esta perspectiva adotada pelas Igrejas Católica e Protestante é a que mais tem adeptos no país, e tem como principal fundamento a potencialidade de o zigoto realizar seu destino humano.

No plano internacional, o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, aderiu a esta teoria ao estabelecer que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”². Observe a presença da expressão em geral na redação do dispositivo, esclarecendo o caráter não absoluto da proteção à vida do nascituro. O art. 2º do Código Civil, no mesmo sentido, dispõe: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”³.

Sob a perspectiva biológico-evolutiva, têm-se a teoria da nidação que defende que a vida começaria a partir da fixação do embrião na parede uterina, o que ocorreria por volta do 6º ou 7º dia de gestação. Na mesma perspectiva, há quem defenda a correspondência entre o momento inicial da vida e a formação do tubo neural, o que ocorre por volta do 14º dia.⁴

Outra teoria leva em consideração o marco utilizado para definição do fim da vida humana que, atualmente, é a morte cerebral. Desta forma, o início da atividade cerebral, ocorrido por volta do 3º mês de gestação, seria o critério científico utilizado para determinar o início da vida, pois é nesta fase que o tálamo está pronto e a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto.

Frente ao dissenso da comunidade científica na delimitação de um marco temporal capaz de definir o início da vida humana, surge a teoria relacional.

Para esta teoria, a vida humana tem início com o estabelecimento de um vínculo relacional entre mãe e filho, quando a gravidez passa “a ser um estado desejado pela mãe e esta se desdobra em seu sentir e reflexão, dando origem em seu ventre a um ser que tem um nome e um futuro”.⁵

² BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: setembro 2017

³ BRASIL. Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em setembro 2017

⁴ SILVEIRA, Angeles Beatriz da. ABORTO LEGAL: Análise da Ampliação de Hipóteses proposta pelo Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. 2014. 76 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Cap. 1.

⁵ KOTTOW, Miguel. Bioética Del comienzo de la vida. Quantas veces comienza la vida humana?, Bioética – Conselho Federal de Medicina, Brasília, v.9, n.2, p.33, 2001.

Sob esta perspectiva, a mãe assume um papel determinante na reprodução humana, possuindo o poder de escolha entre a continuidade ou não de uma gestação. Desconsidera-se, assim, este processo *sui generis* que é a gravidez humana como um ato puramente biológico para conferir-lhe racionalidade, outorgando à mulher o livre arbítrio para decidir se leva adiante a gestação de um novo ser.

Ainda segundo Kottow, para conferir vida humana ao embrião, é preciso a consciência de a mulher estar grávida e a posterior aceitação desta condição.⁶ Na mesma perspectiva, o autor critica o arquétipo feminino conservador e dissocia os conceitos mulher e mãe, para conferir autonomia à mulher no processo reprodutivo.

Assim, assumir a maternidade não é uma consequência natural, inconsciente e inquestionável da mulher. Neste sentido, Ferrajoli defende que a procriação é um ato moral de vontade. Segundo o autor, “é precisamente este ato de vontade, em virtude do qual a mãe encara o feto como pessoa, que segundo esta tese, lhe confere o valor de pessoa: que cria a pessoa”⁷.

Os dados sociológicos avalizam esta teoria. A Pesquisa Nacional do Aborto de 2016 (PNA 2016), feita pela Universidade de Brasília e pelo Instituto de Bioética (Anis), foi baseada em um levantamento domiciliar que combina técnica de urna (*ballot-box technique*) e um questionário face-a-face aplicado apenas por entrevistadoras mulheres numa amostra aleatória representativa da população total de mulheres alfabetizadas entre 18 e 39 anos.

Débora Diniz e Marcelo Medeiros, em seu artigo sobre a PNA 2016, concluem:

Isso permite dizer que o aborto é comum no Brasil. Os números de mulheres que declaram ter realizado aborto na vida são eloquentes: em termos aproximados, aos 40 anos, quase uma em cada cinco das mulheres brasileiras fez um aborto; no ano de 2015 ocorreram cerca de meio milhão de abortos. Considerando que grande parte dos abortos é ilegal e, portanto, feito fora das condições plenas de atenção à saúde, essas magnitudes colocam, indiscutivelmente, o aborto com um dos maiores problemas de saúde pública do Brasil.⁸

Desta forma, independentemente da tipificação penal da prática do aborto, observa-se que a mulher brasileira exerce seu papel no processo reprodutivo, assumindo ou não a maternidade, gestando um novo ser ou interrompendo a gestação.

⁶ KOTTOW, Miguel. Bioética Del comienzo de la vida. Quantas veces comienza la vida humana?, Bioética – Conselho Federal de Medicina, Brasília, v.9, n.2, p.31, 2001.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 24, n.94, p.16.

⁸ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: Uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em setembro 2017.

A crítica a esta teoria reside no fato de não haver um lapso temporal determinando a possibilidade de escolha da mulher em continuar a gestação de um novo ser ou interrompê-la. Ferrajoli utiliza o critério temporal de três meses para que a mulher exerça sua vontade, em conformidade com atuais legislações que legalizaram o procedimento abortivo. Segundo o autor, este marco temporal não foi escolhido em virtude de qualquer critério biológico, “mas apenas porque representam o tempo necessário e suficiente para permitir a mulher tomar uma decisão: para consentir o exercício da liberdade de consciência, ou seja, a autodeterminação moral da mulher e também a sua dignidade como pessoa”⁹.

Vê-se que não há solução jurídica para esta controvérsia. Nem possibilidade de chegar a uma conclusão isenta de ponderações morais, de forma pura e simplesmente científica. Todas as teorias apresentadas possuem falhas e são passíveis de críticas, impossibilitando o consenso quanto ao início da vida.

Também é de fundamental importância, para o estudo do aborto, conceituar e diferenciar os termos: nascituro, embrião e feto e analisar a teoria adotada por nosso ordenamento jurídico para conferir personalidade jurídica ao indivíduo.

O termo nascituro, preferido pela linguagem jurídica brasileira, tem origem do latim “*nasciturus*” e significa que ou aquele que irá nascer. Para De Plácido e Silva, nascituro “designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intra-uterina. Mas, não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa”¹⁰.

Não se pode confundir nascituro com embrião, ainda mais quando se fala da fecundação *in vitro*. De acordo com a literatura médica, embrião é o germe fecundado nas primeiras semanas após a concepção, que se encontra no começo da vida e não possui forma definida¹¹. Há posições que consideram que a transição entre o período pré-embriônico e o embriônico ocorre na 8ª semana de gestação; outros defendem o período da 12ª semana após a fecundação.¹²

Após este período, tem-se a fase fetal. O feto apresenta uma morfologia reconhecível, os órgãos iniciam sua formação e ele adquire características distintas da

⁹ FERRAJOLI. Op.cit., p.15.

¹⁰ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III, p. 1051.

¹¹ BOMTEMPO, Tiago Vieira. Aspectos controvertidos da situação jurídica do nascituro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11922&revista_caderno=6>. Acesso em: setembro 2017.

¹² FRANCO, Fabio Luis; OLIVEIRA, José Sebastião de. O nascituro e o início da vida. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 7, n. 1, p.241-249, jan/jun 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/525/383>> Acesso em setembro 2017.

espécie humana. Entretanto, este é um tema controvertido na medicina e no biodireito, não havendo um consenso quanto ao exato instante da transição entre um período e outro.

O Código Civil, em seu artigo 2º, conforme referido anteriormente, dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, adotando, de acordo com a doutrina majoritária, a teoria natalista. Comprova-se o nascimento com vida por meio da docimasia hidrostática de Galeno (presença de ar nos pulmões) – determinada pela medicina-, e só a partir desse momento pode a pessoa desfrutar da capacidade de direito ou gozo.

Para a teoria natalista, segundo parte da doutrina, estando o nascituro no ventre materno, o que há é mera expectativa de direito. Sérgio Abdala Semião 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.¹³

Por fim, destaca-se que, embora indeterminado, pelo menos até hoje, o momento de início da vida, o nosso ordenamento jurídico-constitucional confere proteção à vida do nascituro desde a concepção, mas essa proteção é menos intensa do que a assegurada à vida das pessoas nascidas. Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo (...) Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa (...). É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intra-uterina.¹⁴

Observa-se, assim, que a proteção conferida pelo ordenamento jurídico à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação.

¹³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.34.

¹⁴ Constituição da República Portuguesa Anotada. 2ª ed., vol I., Coimbra: Almedina, 1985, p. 175.

2.2 Direitos fundamentais da mulher violados com a criminalização do aborto

Os direitos humanos resultam de um embate milenar em torno da afirmação do indivíduo em face do Estado. Em linhas gerais, pode-se considerar que a proteção dos direitos humanos nasceu no século XVIII em meio às revoluções americana, inglesa e francesa.

A criação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, é o principal marco histórico na sedimentação dos direitos humanos apresentados, então, como normas obrigatórias. Entretanto, este documento histórico não atendia à característica da universalidade dos direitos humanos, pois excluía do âmbito de sua proteção, as mulheres, os escravos e os homens livres de cor negra¹⁵.

Após a Segunda Guerra Mundial, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas. Em seu artigo 2º, abarca os princípios da não-discriminação e da universalidade, ao dispor:

Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.¹⁶

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca diversos direitos fundamentais, explícita e implicitamente, e impõe ora uma abstenção do Estado, ora sua atuação positiva na salvaguarda destes direitos. No § 4º do artigo 60, a Constituição impõe um limite ao legislador e ao poder constituinte reformador, ao determinar a impossibilidade de deliberação de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir direitos e garantias individuais.

Os direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta e imediata, conforme expressamente consta na Constituição Federal, e a doutrina confere a eles algumas características, dentre elas: historicidade, relatividade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade e indivisibilidade. Dado o seu caráter não-absoluto, por vezes, pode surgir um conflito aparente entre direitos fundamentais. Nas palavras de André Ramos Tavares:

¹⁵ LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: expressões das políticas públicas no município de Fortaleza. 2013. Dissertação- Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza. p.17.

¹⁶ NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A da Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em setembro 2017.

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material¹⁷.

O primeiro tratado internacional a dispor sobre os direitos humanos da mulher foi a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979¹⁸. A Convenção se fundamenta na busca pela igualdade e na eliminação da discriminação.

Posteriormente, em 1993, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sua resolução 48/104, a chamada Declaração de Viena, que dispôs especificamente sobre formas de eliminar a violência contra as mulheres e reconheceu que esta violência “constitui uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que conduziram ao domínio e à discriminação das mulheres por parte dos homens e impediram o progresso pleno das mulheres”.¹⁹

Importante destacar, também, o papel dos movimentos feministas na defesa dos direitos da mulher e suas conquistas no decorrer da história do País em seus diferentes momentos políticos, econômicos e socioculturais. Entre essas conquistas, destacam-se, por sua relação com o direito penal, a reforma do Código de 1940 para excluir o termo “mulher honesta” e alterar a denominação “Dos Crimes contra os Costumes” para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, além de extinguir a possibilidade de casamento da vítima de violência sexual com seu agressor ou outro homem como forma de extinção da punibilidade. Ainda, destaca-se a promulgação da Lei Maria da Penha e a mudança na interpretação doutrinária quanto ao estupro marital que antes considerava esta conduta como atípica, desde que não violenta, posto que a conjunção carnal constituía uma das obrigações matrimoniais.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, p. 528. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸ NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf> Acesso em setembro 2017.

¹⁹ CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS DO HOMEM, 1993. Declaração de Viena. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf> Acesso em setembro 2017.

Contudo, o aborto voluntário continua a ser criminalizado, impondo a milhares de mulheres uma gestação indesejada ou a submissão a procedimentos arriscados em clínicas clandestinas a fim de interromper o processo reprodutivo. Inquestionavelmente, a tipificação desta conduta viola a autonomia da mulher.

A autonomia é a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta. É poder tomar suas decisões livremente, com independência. Este é um direito concedido a homens e mulheres, protegido pela Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, numa das vertentes do princípio da dignidade humana. O Estado ao impor à mulher uma gestação indesejada interfere na sua capacidade de decidir como viver a partir de seus princípios e valores morais, sociais ou religiosos.

A este respeito, seguem trechos dos fundamentos levados por Casey à Suprema Corte dos EUA no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* (1992) em que o tribunal confirmou decisão anterior no caso *Roe vs. Wade* (1973) na qual havia estabelecido a existência de um direito ao aborto:

Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, não impor o nosso código moral. A questão constitucional subjacente é se o Estado pode resolver essas questões filosóficas de uma tal maneira que a mulher fique sem escolha sobre o tema, exceto talvez (quando) a gravidez for ela mesma um perigo para a própria vida ou saúde dela, ou o resultado de estupro ou incesto. [...] Nosso Direito garante proteção constitucional a decisões pessoais relacionadas a casamento, procriação, contracepção, relacionamentos familiares, criação de filhos e educação. (Essas) questões, envolvendo as escolhas mais íntimas e pessoais que uma pessoa pode fazer em sua vida, escolhas centrais à dignidade e autonomia das pessoas, são centrais à liberdade protegida pela Décima-Quarta Emenda. No coração da liberdade está o direito de a pessoa definir seu próprio conceito de existência, de significado, de universo e do mistério da vida humana.²⁰

A criminalização afeta, também, a igualdade de gênero. Embora o movimento feminista tenha obtido êxito em diversas conquistas sociais e políticas, não é possível afirmar o alcance da igualdade de gênero. A posição histórica da mulher enquanto “o outro”, discutida por Simone de Beauvoir²¹ ainda no século XX, não foi superada.

A este respeito, observe trecho retirado da Revista da USP: “A trajetória das mulheres no mundo capitalista e socialista, ocidental e oriental, é marcada pela discriminação.

²⁰ *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*. 428 U.S.52. (1976) referenciado em VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A mulher e o direito ao próprio corpo. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. LEITE, Glauco Salomão. Manual dos Direitos da Mulher, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, pp. 150-183. Tradução do autor.

²¹ BEAUVOIR, Simone. O segundo sexo: fatos e mitos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960.

Diferenças sexuais foram pretextos para impor relações hierárquicas, homens nas posições de dominação e mulheres de subordinadas”.²²

Historicamente, as mulheres foram definidas a partir de representações da maternidade. Em função de seu corpo, ser mãe era um destino inevitável e esta característica facilitava a subordinação dos gêneros ao justificar sua permanência na esfera privada. Criou-se um arquétipo feminino que definia como virtudes próprias da feminilidade: o recato, a mansidão, a passividade quanto aos desejos do homem e, inexoravelmente, a maternidade.

Ao concluir a pesquisa “Tem que ser uma Escolha da Mulher!” Representações de Maternidade em Mulheres Não-Mães, Dapieve Patias e Caroline Stumpf Buaes explicam:

As representações dos filhos como destino natural de toda mulher produziu a perspectiva de que a maternidade é o caminho da plenitude e realização da feminilidade. Trilhar esse caminho implica ter uma vida de renúncia e sacrifícios prazerosos indispensáveis à constituição da identidade feminina. A gravidez daria uma visibilidade ao feminino representado por discursos científicos como faltante e fonte de mistérios.²³

Portanto, não há dúvidas de que a ideia costumeira da maternidade vista como uma consequência natural de ser mulher é um dos pontos que interferem na opinião pública quando do debate do direito fundamental ao aborto.

Ainda, analisando a desigualdade de gênero, a frase dita pelo Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da ADPF 54, reflete categoricamente o pensamento de muitos: “se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta”.

Também são violados os direitos sexuais e reprodutivos da mulher. A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento ocorrida em setembro de 1994, mais conhecida como a Conferência de Cairo, representou um marco no reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos. A partir dela houve uma mudança de paradigma. As ações estatais antes voltadas para o controle do crescimento populacional como forma de melhorar a situação socioeconômica dos países passou a reconhecer o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos de homens e mulheres.

²² Blay, Eva Alternam. Um Caminho Ainda em Construção: A Igualdade de Oportunidades para as Mulheres. Revista da USP nº 49. p. 82-97.

²³ Patias, N. D., Buaes, C. S. “Tem que ser uma escolha da mulher”! Representações de maternidade em mulheres não-mães por opção. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/seerpsicsoc/ojs2/index.php/seerpsicsoc/article/viewFile/3421/2062>> Acesso em setembro 2017

O reconhecimento destes direitos implica que a pessoa possa ter uma vida sexual satisfatória e segura, decidir se deseja ter filhos, quando deseja tê-los e quantos serão. Outro direito garantido nesta Convenção foi o de saúde reprodutiva, assegurando ao indivíduo informações e acesso a métodos de planejamento familiar e de controle de fecundidade. Neste sentido, a Constituição Federal dispõe, no parágrafo 7º, do artigo 226, que o planejamento familiar é livre decisão do casal.

A intromissão do Estado e da sociedade na vida particular da mulher, impondo-lhe a gestação de um novo ser viola também o direito à integridade física e psíquica da mulher. A gravidez pode gerar danos à saúde física e psicológica. Sem dúvidas, há alterações no corpo da mulher. Há de se considerar, ainda, os demais envolvidos na gestação de uma criança não desejada e se haverá um suporte à mulher impedida de realizar o aborto e a esta criança.

Neste sentido, destaca-se trecho de Tribe em discussão acerca do aborto:

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 mais 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 como classe, dada a miríade de formas pelas quais a gravidez indesejada e a maternidade indesejada oneram a participação das mulheres como iguais na sociedade.²⁴

Mediante o conflito aparente de direitos fundamentais, a hermenêutica constitucional propõe métodos para auxiliar a atividade interpretativa.

O princípio hermenêutico da harmonização ou da concordância prática, bastante utilizado nas cortes constitucionais, auxilia na solução de conflito aparente de direitos fundamentais ao recomendar ao aplicador e intérprete do direito o sopesamento dos bens jurídicos contrapostos à luz do caso concreto, adotando uma solução que otimize a realização de todos eles e não acarrete a negação de nenhum.

Outro princípio utilizado no enfrentamento da colisão de direitos fundamentais é o princípio da proporcionalidade. Por meio deste princípio, verifica-se a legitimidade das restrições impostas a estes direitos por atos estatais, averiguando-se sua justa medida e a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim.

O ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na ADI 3.112, discorre acerca do referido princípio:

²⁴ Tradução livre do autor. TRIBE, Laurence. American Constitutional Law. 2nd. Ed.. Mineola: The Foundation Press, 1988, P. 1354.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção deficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). (...) levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbote*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado. Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador certas margens de ação, para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. (...) a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.²⁵

Portanto, diante da colisão de direitos fundamentais à vida do feto e à autonomia e dignidade da mulher, os princípios da harmonização e da proporcionalidade, ambos utilizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 124.306, são essenciais para a análise da constitucionalidade dos dispositivos penais que criminalizam o aborto voluntário e serão utilizados neste estudo.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi nº 3112. Relator: Ministro Edson Fachin, julgado em 02 de maio de 2007.

3 ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Para defender a descriminalização do aborto, necessário, anteriormente, o conhecimento da legislação penal brasileira acerca dos dispositivos que tipificam e dos que excluem a ilicitude da conduta abortiva.

3.1 Espécies Criminosas de Aborto

Nosso atual código penal não nos concede o conceito de crime, mas, na doutrina nacional majoritária, adota-se o conceito analítico de crime. Assis Toledo:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a por à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que tem sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.²⁶

Portanto, para que uma conduta seja considerada criminosa, é necessária a presença destes três elementos analisados de forma subsequente: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A tipicidade delimita o âmbito da matéria de proibição e descreve a conduta penalmente relevante e não querida pelo ordenamento jurídico.

Ilicitude ou antijuridicidade é a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico. Se não houver causas de excludente de ilicitude para o fato típico, é ele ilícito, proibido.

A culpabilidade está relacionada ao juízo de reprovação social em face da conduta típica e ilícita do agente. Analisa-se neste elemento a potencial consciência do caráter ilícito do fato típico e a exigibilidade de conduta diversa. Na falta de um destes três elementos, não há que se falar em crime.

O nosso legislador pátrio optou por tipificar a conduta abortiva, mas não cuidou de conceituar o aborto.

Conforme entendimento majoritário, o bem jurídico-penal tutelado neste caso é a vida do nascituro (a vida intra-uterina ou dependente) a partir da concepção. Desta forma, o aborto seria a interrupção da gestação com a expulsão do feto do útero até o início do parto.

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, p.80.

Depois de iniciado o parto, a conduta constituiria homicídio ou infanticídio, observados os elementos caracterizadores dos referidos tipos penais.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) fornece outro conceito: abortamento é “a morte do embrião ou feto antes que seu peso ultrapasse 500g, atingido antes das primeiras 22 semanas de gravidez”.²⁷

O crime do aborto no Código Penal de 1940 está previsto no Capítulo I, Dos Crimes contra a Vida, inserido no Título I, Dos Crimes contra a Pessoa, nos artigos 124 a 128.

Os arts. 124 e 126 tratam do aborto com o consentimento da gestante. Veja que há uma dupla regulação para a mesma conduta, representando, assim, uma exceção à teoria monista adotada por nosso Código Penal, em seu artigo 29: “quem, de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.²⁸

Pela regra geral, existe um crime único, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram. Há, portanto, unicidade do crime e pluralidade de agentes. Contudo, quanto ao aborto, o legislador estabeleceu uma exceção à teoria monista, conferindo reprovabilidade em graus distintos para a conduta da gestante que consente com o aborto e para a conduta do terceiro que efetivamente realiza os atos abortivos.

Na hipótese do artigo 124, pode haver a realização de duas condutas pela gestante. A primeira caracteriza-se como o autoaborto, havendo uma ação comissiva, cujo ato de execução é realizado pela gestante. “Tal ato de execução representa um comportamento hábil para provocar a expulsão do produto da concepção do ventre materno, violando o bem jurídico vida, que se consubstancia por meio de uma forma não autônoma de existência”.²⁹

A segunda conduta, embora não possa ser chamada de omissiva, assemelha-se à conveniência. A gestante não pratica os atos que provocam o aborto, mas permite que sejam eles praticados e coopera com o terceiro. Assim, a gestante responde na forma do artigo 124, com uma previsão de penas mais brandas, e o terceiro que realizou o aborto com seu consentimento, responde na forma do artigo 126.

Ressalte-se que o consentimento da gestante deve ser válido. Se ela for menor de catorze anos ou possuir alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou

²⁷ OMS apud VALONGUEIRO, Sandra. **Mortalidade maternal por aborto**: fontes, métodos e instrumentos de estimação. Disponível em:

<[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Mortalidade%20\(Materna\)>](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Mortalidade%20(Materna)>). Acesso em: jun. 2014.p.1.

²⁸ 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> Acesso em: 6 mai. 2017.

²⁹ BRANDÃO, Cláudio. O aborto no contexto da ciência penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p.119-130, jul/dez. 2013.

retardado, responderá o terceiro por aborto sem o consentimento da gestante. Da mesma forma, se houver algum vício no consentimento, como, por exemplo, fraude ou coação.

No artigo 125, há a previsão do aborto sem o consentimento da gestante. Nesta hipótese, há dois bens jurídicos tutelados pela norma penal: a vida do nascituro e a integridade pessoal da gestante. Esta, não possui o conhecimento da prática abortiva, com ela não consente. Por isto, o legislador pune de forma mais grave tal conduta.

A previsão das formas qualificadas do aborto está contida no artigo 127. Se do aborto praticado por terceiro com ou sem consentimento da gestante resulta lesão corporal grave ou morte desta, haverá uma cominação de pena mais gravosa. Saliente-se que, trata-se de previsão de crime *preterdoloso*, ou seja, deve haver dolo na conduta de realizar atos abortivos na gestante e culpa no resultado lesão corporal grave ou morte da mulher.

Observe-se que não é possível a punição do aborto na forma culposa. O nosso Código Penal (art. 18, § único) determina que para que haja punição por crime na modalidade culposa, é necessária expressa previsão neste sentido, o que não ocorre na tipificação do aborto acima transcrita. Assim, se por imprudência ou negligência, resulta da conduta da gestante o aborto, este não será um ilícito penal. Não se pune, portanto, o aborto espontâneo ou acidental.

Desta forma, o elemento subjetivo do aborto é o dolo genérico que consiste na vontade livre e consciente de interromper a gravidez, provocando a morte do feto ou assumindo o risco de matá-lo. No primeiro caso, tem-se o dolo direto. No segundo, o dolo eventual. Ademais, o aborto é punido também na forma tentada.

3.2 Hipóteses permitidas de aborto

No artigo 128, do Código Penal, há a previsão de duas hipóteses em que o aborto realizado por médico será lícito: quando necessário para salvar a vida da gestante ou em caso de gravidez resultante de estupro precedida do consentimento da gestante ou, em caso de incapacidade, de seu representante legal.

As palavras utilizadas pelo legislador na redação do dispositivo foram “não se pune o aborto [...]”, distintas daquelas do artigo 23 que prevê as causas de excludente de ilicitude na parte geral do Código Penal: “não há crime quando o agente pratica o fato [...]”. Mas não há dúvidas de que o artigo referido prevê duas causas em que se exclui a ilicitude do aborto. Brandão ao discorrer acerca disto, afirma: “Nessas hipóteses, a conduta será típica,

mas não antijurídica, porque estará acobertada por uma causa de justificação: o exercício regular de um direito.”³⁰

A primeira hipótese de aborto legal é classificada pela doutrina como aborto necessário ou aborto terapêutico. Ocorrerá quando o médico não tiver nenhum outro meio que não sacrificar a vida do feto para salvar a vida da gestante. Retira seu fundamento, portanto, da causa geral de excludente de ilicitude do estado de necessidade.

Explica Tessaro:

Isso porque a conduta do médico visa afastar perigo atual – a morte – e se trata de um bem jurídico alheio (vida da gestante), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe).³¹

Percebe-se que, quando em conflito os bens jurídicos vida do nascituro e vida da gestante, o legislador confere maior proteção ao último, possibilitando ao médico a realização do aborto. São bens jurídicos distintos, regulados de maneira distinta.

Veja-se que o Código Penal pune mais gravemente a lesão à vida de uma pessoa já nascida que a lesão à vida daquele que ainda está por vir, da vida intrauterina ou dependente. É o que se afere de simples leitura do Capítulo I, do Título I, da parte especial, do Código de 1940, ao cominar penas mais severas para os crimes de homicídio e infanticídio que para o aborto.

Ademais, destaca-se que esta hipótese dispensa o consentimento da gestante ou de seu representante legal, caso incapaz, ou da sua família, caso ela não estivesse em condições de prestá-lo. O médico, constatando que não há outro meio menos oneroso para salvar a vida da gestante, pode realizar o aborto amparado por esta excludente de ilicitude.

Corroborando com essa linha de raciocínio, considera-se possível a prática do aborto necessário mesmo contra a vontade da gestante. Esse tipo de intervenção médico-cirúrgica encontra fundamento jurídico nos arts. 128, I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, § 3º (intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida), todos do CP. Além disso, o médico também estará agindo no estrito cumprimento de dever legal, disposto no art. 23, III, 1ª parte do CP, pois, na condição de garantidor, não pode permitir a perda da vida da gestante.³²

³⁰ Ibid., p. 128.

³¹ TESSARO, Anelise. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais**. 2006. 138 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Cap. 02.

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2012. p.135.

Por fim, caso a prática abortiva necessária para salvar a vida da gestante seja realizada por outro que não o médico, esta não se amoldará à excludente prevista no artigo 128. Mas, da mesma forma, não será ilícita ou antijurídica, pois estará amparada por outra causa de justificação: o estado de necessidade, previsto no artigo 24, do CP.

A segunda causa de justificação prevista é o chamado aborto sentimental, também chamado ético ou humanitário. O legislador possibilita que a mulher, vítima de crime sexual do qual resultou em gravidez, opte pela prática do aborto a ser realizada por médico. Nesta hipótese, é indispensável o consentimento da gestante ou, em caso de incapacidade, de seu representante legal.

Percebe-se que sopesando os bens em conflito – a tutela da vida do nascituro e o direito à vida e à integridade física e psíquica da gestante – o legislador considerou desarrazoado impor à mulher a gestação de um feto que lhe recordará sempre do episódio sofrido, da violência sexual da qual foi vítima. Trata-se, pois, de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, afastando a culpabilidade do agente.

Não há, atualmente, em nossa legislação penal, qualquer estabelecimento de limite temporal para que a mulher cuja gravidez resulte de estupro possa realizar o aborto.³³ Contudo, conforme dito acima, a OMS, ao conceituar aborto, estabeleceu o critério temporal de 22 semanas e o peso do embrião ou feto de até 500 gramas. Portanto, este critério deve ser observado para o procedimento legal nas instituições autorizadas.

De acordo com a Norma Técnica do Ministério da Saúde sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos resultantes da Violência Sexual, equipe médica deve determinar a idade gestacional para a escolha do método de abortamento e para estabelecer a concordância entre a idade gestacional e o período da violência sexual.

Uma vez determinada essa compatibilidade, o médico emite um parecer técnico. A gestante também é avaliada por equipe multiprofissional que juntamente com o diretor da instituição assinam Termo de Aprovação de Procedimento de Interrupção de Gravidez.³⁴

Outro fato importante no caso do aborto sentimental é a ausência no CP de qualquer exigência de documento comprobatório do abuso sexual para que a vítima possa realizar o aborto. Conforme assinala S. Nogueira, “o Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência deve ter credibilidade,

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. vol. 2. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 189.

³⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**: norma técnica / Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 3. ed. atual. e ampl., 1. reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2012. p.76.

ética e legalmente, devendo ser recebida como presunção de veracidade. O objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde”.³⁵

Assim, não há que se confundir os procedimentos adotados pela polícia na investigação criminal com o acolhimento que os profissionais de saúde devem oferecer à gestante que deseja realizar o aborto sentimental. Não é exigida a apresentação de Boletim de Ocorrência para que a mulher possa realizar o aborto. Afinal, é de notório conhecimento que a investigação criminal e posterior persecução penal, por vezes, causam ainda mais prejuízos às vítimas de crime sexual que podem optar pela representação – requisito necessário ao oferecimento da denúncia –, ou não.

Portanto, não devem os profissionais da saúde gerar mais um dano à gestante, buscando averiguar a veracidade do que foi dito, mas, ao contrário, deve-se dar credibilidade à vítima. Neste sentido, destaca-se trecho da Norma Técnica do Ministério da Saúde:

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.³⁶

Outrossim, se caso após realizado o aborto, revelar-se a falsidade da notícia, não ter havido, em verdade, qualquer crime sexual, os profissionais da saúde que realizaram o procedimento não sofreriam qualquer sanção penal, pois configurado estaria o erro de tipo. (artigo 20, § 1º, do CP). Assim, somente a gestante responderia pelo aborto ilegal.

A citada Norma Técnica do Ministério da Saúde ao dispor sobre as alternativas frente à gravidez decorrente de violência sexual, assegura às mulheres o direito ao devido esclarecimento sobre a possibilidade de realizar o aborto, em conformidade com o disposto no art. 128, II, do CP.

Da mesma forma, devem as vítimas ser informadas da possibilidade de levar a gestação a termo. Neste caso, devem também ser esclarecidas sobre as alternativas após o nascimento, que incluem a escolha entre permanecer com a futura criança ou seguir os

³⁵ NOGUEIRA, Sandro. **A norma técnica de prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes – repercussões sobre a in(segurança) dos médicos para praticar o aborto legal**. p.02 Disponível em: < <https://ibccrim.org.br>> Acesso em setembro 2017.

³⁶ BRASIL, Ministério da Saúde. Op.Cit. p. 69.

procedimentos legais para a adoção. Feita a escolha pela adoção, devem os serviços de saúde junto às autoridades competentes providenciar as medidas necessárias na rede de atendimento para assegurar a regular adoção.

A terceira hipótese de aborto permitido não está prevista no Código Penal de 1940, mas é resultado do julgamento da ADPF 54 pelo STF.

Anencefalia é uma má-formação congênita que, de acordo com a Abrasco (Associação Brasileira de Saúde Coletiva), consiste em uma má-formação fetal em que o bebê não possui cérebro e/ou calota craniana, de modo que tal ausência causa a morte da criança logo após o seu nascimento ou, em casos raros, após algumas horas ou dias de vida.³⁷

A anencefalia impede que o feto mantenha relação com o mundo exterior ou sinta algum tipo de dor. O seu diagnóstico é realizado no período pré-natal, geralmente por meio de ultrassonografia. As principais causas são a carga genética, o meio ambiente e, a mais comum, a ausência de ácido fólico durante a gravidez. Esta é uma anomalia fetal rara, mas que atinge centenas de mulheres todos os anos, causando indiscutivelmente danos à mãe.

Diante da grande discussão acerca da problemática do aborto de feto anencéfalo, foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, pelo então advogado Luís Roberto Barroso, a ADPF 54, no ano de 2004, visando permitir à mulher a interrupção da gestação de um feto natimorto.

O relator Ministro Marco Aurélio, em julho de 2004, concedeu uma liminar, permitindo o abortamento nesta hipótese. Procurado pelo Jornal Folha de São Paulo, o Ministro concedeu entrevista, explicando o seu posicionamento:

[...] intenso debate que mobiliza o país desde que deferi um pedido de liminar, possibilitando a antecipação terapêutica do parto ou, em outras palavras, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, sem o receio da glosa penal. Assenti sobretudo aos argumentos de que a permanência do feto mostra-se potencialmente perigosa, podendo ocasionar danos à saúde e à vida da gestante. Anuí à lógica irrefutável da conclusão sobre a dor, a angústia e a frustração experimentadas pela mulher grávida ao ver-se compelida a carregar no ventre, durante nove meses, um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá. Para qualquer pessoa nessa situação, ficar à mercê da permissão do Estado para livrar-se de semelhante sofrimento resulta, para dizer o mínimo, em clara violência às vertentes da dignidade humana – física, moral e psicológica. Não tive como aquiescer à ignomínia de condenar-se a gestante a suportar meses a fio de desespero e impotência, em frontal desrespeito à liberdade e à autonomia da vontade, direitos básicos, imprescindíveis, consagrados em toda sociedade que se afirme democrática. É até possível para alguns passar incólume pela decisão de, mediante simples omissão, escudados pelas lacunas ou obsolescências da legislação, impingir dor e aflição a outrem. Ora, principalmente em caso penoso como o que se põe em discussão, há que se calçar o

³⁷ ABC. MED. BR. Anencefalia: causas, sinais e sintomas, diagnóstico, evolução. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/340714/anencefalia+causas+sinais+e+sintomas+diagnostico+evolucao.htm>>. Acesso em setembro 2017.

sapato não com o próprio pé, mas com o pé do outro, de modo a sentir exatamente onde lhe machuca o calo. Para aguçar o termômetro da sensibilidade, é de bom alvitre perguntar a si mesmo, antes de qualquer decisão: e se fosse com a minha filha, minha mulher, minha irmã? Suportaria esses nove meses de tormento, de espera sem esperança? Ao fim e ao cabo, a pergunta que não quer calar é: quem poderá, efetivamente, dimensionar a dor alheia? Quem poderá condenar outrem por querer, antes de tudo, preservar a si mesmo, colocando à margem outros valores? Por que se deve respeitar os valores de quem tem fé e olvidar as convicções de quem ignora dogmas religiosos ou trajetórias espirituais? Em nome de que deus ou sob a égide de que premissas humanitárias defende-se o direito à efêmera sobrevivência de um em detrimento do risco e do padecimento, sabe-se lá a gravidade das consequências, de outro? [...].³⁸

Meses após esta decisão liminar, os ministros manifestaram-se pela cassação da medida. Foi só após oito anos, no dia 12 de abril de 2012, que a ação foi julgada, manifestando-se o tribunal pela inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gestação de feto anencéfalo configura conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do CP.

Entre os argumentos utilizados está a proteção à integridade física e psíquica da mulher, tomando-se em conta a dor de levar a termo a gestação nestes casos; a impossibilidade do Código Penal datado da década de 1940 de prever e identificar um feto anencéfalo, tratando esta problemática como questão de saúde pública; a inviabilidade de vida extrauterina do feto portador desta anomalia, entre outros.

Portanto, o Brasil adota uma legislação bastante restritiva, proibindo o abortamento de forma geral, elencando apenas três possibilidades de realizar o procedimento sem punição penal: o aborto necessário (para salvar a vida da gestante), o aborto sentimental (em caso de gravidez resultante de crime sexual) e o aborto de feto anencéfalo (reconhecido por decisão da Corte Suprema).

³⁸ ALMEIDA, Jessica de Jesus. ABORTO DE FETO ANENCÉFALO: nova perspectiva após decisão do STF. *Revista Cej*, Brasília, n. 64, p.26-21, set/dez. 2014. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1936/1860>> Acesso em setembro 2017.

4 ABORTO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Este capítulo tem como objetivo a análise da proporcionalidade da norma penal incriminadora do aborto, verificando-se sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Considerações Iniciais

Em Duque de Caxias/RJ, após o recebimento de denúncias anônimas sobre abortos praticados em clínica clandestina, a polícia civil prendeu em flagrante cinco pessoas acusadas pela suposta prática do crime de associação criminosa (art. 288 do CP) combinado com provocar aborto com o consentimento da gestante (art.126 do CP).

O juízo da 4ª Vara Criminal da comarca de Duque de Caxias/RJ deferiu a liberdade provisória aos réus, alegando que, mesmo se condenados, o cumprimento da pena não seria em regime fechado. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, irredimido, apresentou recurso em sentido estrito requerendo a decretação da prisão preventiva dos acusados para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal. O pedido foi deferido pela 4ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e determinada a expedição de mandado de prisão em nome dos acusados.

Em seguida, a defesa apresentou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando a excepcionalidade da segregação cautelar e que, se condenados, os pacientes cumpririam a pena em regime diverso do fechado. A Sexta Turma do Tribunal Superior não conheceu do *habeas corpus*, pois substitutivo de recurso especial, e entendeu pela manutenção da prisão preventiva, pois atendidos os pressupostos exigidos pelas legislações penal e processual penal.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal. O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, concedeu a medida liminar, determinando a expedição do alvará de soltura em nome dos pacientes daquela ação e a extensão dos efeitos da liminar aos acusados Débora Dias Ferreira e Jadir Messias da Silva.

Em agosto de 2016, o relator Ministro Marco Aurélio do HC 124.306 proferiu voto deferindo a ordem para afastar a segregação cautelar, tornando definitiva a liminar antes concedida, pois não atendidos os requisitos para manutenção da prisão preventiva. O Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos e proferiu voto manifestando-se pela inconstitucionalidade da tipificação penal do aborto voluntário no primeiro trimestre da

gestação, defendendo a não recepção pela Constituição Federal dos artigos 124 a 126 do Código Penal.

Os Ministros Rosa Weber e Edson Fachin acompanharam o voto do Ministro Barroso, enquanto os outros dois Ministros que compõem a Primeira Turma do STF – Ministros Marco Aurélio e Luís Fux - não se manifestaram sobre o tema, tendo concedido o *habeas corpus* pelo não preenchimento dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal que autorizam a prisão preventiva. Desta forma, não há como afirmar uma posição contrária destes últimos quanto ao tema. Destacam-se trechos da ementa do julgado:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

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.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.³⁹

Em seu voto, o Ministro analisa sob diferentes perspectivas a (in)constitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação. Um dos

³⁹ 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 setembro 2017.

argumentos utilizados pelo Ministro foi a desproporcionalidade da opção legislativa pela criminalização e este será objeto de análise deste capítulo.

Inicialmente, destaca-se que o termo utilizado neste trabalho para referir-se à proporcionalidade da norma incriminadora do aborto será princípio da proporcionalidade. Por mais que utilizando a distinção clássica de Robert Alexy de normas entre princípios e regras a proporcionalidade se caracterize como regra, pois aplicada por meio de subsunção, utilizar-se-á o termo princípio, consoante voto proferido pelo Ministro Barroso e jurisprudência majoritária do STF, numa acepção mais ampla.

O princípio da proporcionalidade tem origem no Tribunal Constitucional Alemão e constitui uma forma de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. É utilizado, principalmente, quando há uma lei ou ato executivo que restringe direito fundamental para promover a realização de direito fundamental contraposto.

Paulo Bonavides discorre acerca da importância deste princípio:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.⁴⁰

Há dúvida na doutrina quanto à base jurídica para aplicação deste princípio. Muitos o confundem ou o identificam com o princípio da razoabilidade, de origem norte-americana, e dispõem que ambos têm fundamento no inciso LIV, do art. 5^a, da Constituição Federal, numa acepção substantiva do devido processo legal.

Outros, como os Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, aduzem que seu fundamento encontra-se no princípio do Estado de Direito. Em seu artigo, “O proporcional e o razoável”, Luís Virgílio Afonso da Silva defende que a regra da proporcionalidade – o autor usa esta denominação, adotando a classificação de Dworkin - “não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”.⁴¹

Desta forma, o autor conclui que a proporcionalidade, utilizada na colisão de direitos fundamentais que são em sua maioria princípios, é uma forma racional de otimização

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18^a ed. Malheiros Editores, 2006, p. 434.

⁴¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, p. abr. 2002.

dos direitos colidentes no caso concreto, não sendo necessária a busca por um fundamento da regra no direito positivo brasileiro.

A doutrina clássica divide este princípio em três subprincípios em uma ordem pré-definida: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os subprincípios apresentam, desta forma, uma relação de subsidiariedade.

Ou seja, analisa-se, inicialmente, se a norma restritiva a direito fundamental é adequada à consecução do fim proposto. Se a conclusão for afirmativa, subsequentemente, será analisada a necessidade da norma. Comparando esta norma a outros meios alternativos também adequados, verificar-se-á se ela é a que menos restringe o direito fundamental atingido. Por fim, caso se entenda pela adequação e necessidade da norma, verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito.

Feitas as considerações iniciais, será realizado o estudo da proporcionalidade da tipificação penal da interrupção voluntária da gravidez, conforme realizado pelo Ministro Barroso no julgamento do HC 124.306, aplicando-se os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

4.1 Subprincípio da Adequação

O subprincípio da adequação busca averiguar se o meio escolhido pelo legislador para a proteção de um determinado bem jurídico é adequado à consecução de seu objetivo. Verifica-se a idoneidade deste meio, se este é capaz de produzir o resultado pretendido pela norma.

Luiz Fernando Calil de Freitas, ao seu turno, trata do subprincípio:

O princípio da adequação, princípio da idoneidade ou da conformidade, como também é conhecido, estabelece que, no exame do caso concreto, se verifique se a afetação desvantajosa no direito fundamental foi produzida com o emprego de meio que de forma mais adequada se mostre apto a promover o atingimento da finalidade perseguida. É dizer: examina-se se o meio eleito, conquanto produza limitação ou restrição a direito fundamental, é útil, idôneo, apto, apropriado à promoção do resultado pretendido.⁴²

Nos artigos 124 a 126 do Código Penal, tipifica-se o aborto voluntário. O bem jurídico tutelado é a vida do feto. Desta forma, deve-se analisar se a norma penal

⁴² FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 208.

criminalizando a interrupção voluntária da gestação é adequada à tutela do direito à vida do feto.

Pesquisas recentes demonstram que o número de abortos realizados no país é alto. Destaca-se, mais uma vez, pela sua importância na discussão do tema, os resultados obtidos pela Pesquisa Nacional do Aborto de 2016 (PNA 2016):

Os resultados indicam que o aborto é um fenômeno frequente e persistente entre as mulheres de todas as classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e religiões: em 2016, quase 1 em cada 5 mulheres, aos 40 anos já realizou, pelo menos, um aborto. Em 2015, foram, aproximadamente, 416 mil mulheres.⁴³

Ou seja, apenas no ano de 2015, a norma penal falhou na persecução de seu fim – a proteção da vida do feto - em, no mínimo, 416 mil vezes. Soma-se a isto o fato de que este número considerável corresponde ao número de mulheres que realizaram aborto e não ao número de abortos realizados. Considerando-se a possibilidade de a mulher realizar mais de um aborto ao longo de sua vida reprodutiva, a probabilidade é de um número ainda maior em que a tipificação penal não obteve êxito na tutela do bem jurídico pretendido.

Ademais, a pesquisa foi realizada apenas entre mulheres alfabetizadas e residentes em áreas urbanas dos municípios. Numa tentativa de ampliar os dados obtidos, chega-se a conclusão:

Não se sabe em que medida as taxas de aborto das mulheres analfabetas e das de áreas rurais difere do observado na PNA 2016. As evidências neste sentido são ambíguas. Por um lado, as taxas de aborto são maiores nos municípios com mais de 100 mil habitantes (13%) do que nos com menos de 20 mil (11%), o que sugere taxas menores nas áreas rurais; por outro, são bem maiores entre mulheres com baixa escolaridade, isto é, até quarta série (22%), do que entre aquelas com nível médio ou superior (11%), indicativo de que as taxas são provavelmente maiores entre as analfabetas.

Em 2016 o total estimado de mulheres de 18 a 39 anos no Brasil, incluindo as vivendo em áreas rurais, era de 37.287.746. Extrapolando-se a partir das taxas de aborto de alfabetizadas urbanas (13%), o número de mulheres que, em 2016, já fez aborto ao menos uma vez, portanto, seria em torno de 4,7 milhões. Aplicando-se a taxa de aborto no último ano, o número de mulheres que o fizeram somente no ano de 2015 seria de aproximadamente 503 mil.⁴⁴

Outro estudo relevante, realizado por *Guttmacher Institute* e Organização Mundial da Saúde (OMS) indica que leis restritivas não impedem a realização do aborto. Na verdade, o estudo conclui que a taxa de abortos realizados em países que criminalizam a conduta e/ou a permitem apenas em casos de risco de vida à mãe é maior que a taxa de abortos realizados em

⁴³ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: Uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em setembro 2017.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 4.

países cuja legislação permite a interrupção voluntária da gestação. A taxa anual de aborto é de 37 para cada 1.000 mulheres na idade reprodutiva no primeiro caso e de 34 para cada 1.000 mulheres no segundo.⁴⁵

Outro fator que importa no estudo do tema é o meio utilizado para o procedimento abortivo. Na pesquisa realizada pela PNA 2016, 48% das mulheres abortaram utilizando medicamentos. Na PNA 2010, a proporção foi a mesma. Ou seja, cerca de metade das mulheres brasileiras utilizam medicamentos para interromper uma gestação indesejada, meio este que dificulta uma possível investigação policial e conseguinte persecução penal, tendo em vista a realização da conduta tipificada em ambiente doméstico, na maioria das vezes.

Saliente-se que a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda a utilização do medicamento *Misoprostol* para um aborto seguro nas primeiras semanas de gestação e este é o medicamento mais utilizado no país. Porém, não são todas as mulheres que tem acesso a este medicamento e, por consequência, a um procedimento seguro, o que nos leva a outro problema advindo da criminalização do aborto: o aborto como questão de saúde pública.

Mulheres pobres não tem acesso a médicos e clínicas particulares, tendo que recorrer a procedimentos primitivos e perigosos para poder realizar o procedimento abortivo, o que leva a inúmeras internações no sistema público de saúde (SUS) em decorrência de complicações de saúde.

De acordo com a PNA 2016, 67% das mulheres que confirmaram ter abortado em 2015 precisaram ser internadas para finalizar o procedimento. Trata-se de número alarmante, “constituindo a quarta causa de morte materna, a quinta causa de internação na rede SUS e responsáveis por 25% das esterilidades por causa tubária”.⁴⁶

Daniel Sarmento a respeito do direito à saúde da gestante:

Verifica-se também uma lesão coletiva ao direito de saúde das mulheres brasileiras em idade fértil, decorrente do principal efeito prático das normas repressivas em vigor. 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 submetem-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.⁴⁷

⁴⁵ Sedgh G et al., Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends, *The Lancet*, 2016. Disponível em: < <https://www.guttmacher.org/infographic/2016/restrictive-laws-do-not-stop-women-having-abortions>>

⁴⁶ Marta GN, Job JRPP. †Aborto: uma questão de saúde pública. *Medicina (Ribeirão Preto)* 2008; 41 (2): 196-9. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/267/268>>

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. p. 36. Disponível na Internet em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em setembro de 2017.

Desconsiderando-se o aspecto humano e social da questão e analisando-se puramente o impacto deste dado para a economia, verifica-se que a criminalização do aborto custa aos cofres públicos do país, pois não apenas não impede a realização da interrupção da gestação, como, também, ocasiona a necessidade de busca do sistema público de saúde pelas mulheres marginalizadas para tratamento dos problemas advindos da clandestinidade e precariedade do procedimento abortivo a que se submeteram.

E, ainda, descaracteriza-se, assim, o argumento utilizado para a manutenção da legislação e de sua interpretação e aplicação tal como está aduzindo que se o Estado oferecesse o procedimento abortivo seguro sofreria economicamente com isto ao se mostrar mais vantajoso aos cofres públicos a disponibilização do medicamento *Misoprostol*, recomendado pela OMS, a mulheres que desejam abortar, após acompanhamento médico, psicológico e assistencial, evitando-se futuras internações e gastos com exames, leitos hospitalares, equipamentos cirúrgicos, entre outros. A este respeito, veja trecho de reportagem de *O Globo*:

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 milhões, já que, pela tabela do SUS, cada intervenção custa, em média, R\$ 411. No total, chega-se a, no mínimo, R\$ 142 milhões.⁴⁸

Portanto, a criminalização do aborto é medida de duvidosa adequação na proteção da vida do feto, já que, ainda que se reconheça que a tipificação penal fomenta a não interrupção voluntária da gestação frente à possibilidade de cerceamento da liberdade do indivíduo, nota-se, com base em diversas pesquisas nacionais e internacionais, a eficácia preventiva mínima da medida, pois são altas as taxas de abortos realizados no país ilegalmente.

⁴⁸ 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: setembro 2017.

Além disto, inquestionavelmente, a opção legislativa impõe à sociedade, tanto àqueles que defendem a descriminalização quanto àqueles que apoiam a manutenção da tipificação do aborto, um grave problema de saúde reconhecido oficialmente.⁴⁹

4.2 Subprincípio da Necessidade

O subprincípio da necessidade busca verificar se o meio adequado a alcançar o fim pretendido é, também, o menos oneroso, o que afeta em menor escala os direitos fundamentais dos indivíduos. Ou seja, considerando-se adequada a criminalização do aborto à proteção do feto, analisa-se em seguida se esta norma penal é necessária, se é a menos danosa aos direitos da mulher atingidos por ela.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, analisando o subprincípio da necessidade enfatizam:

O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.⁵⁰

Para averiguar a necessidade da norma, é indispensável, portanto, uma comparação com os outros meios viáveis a realizar a finalidade almejada. Conforme dito pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, a descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gravidez é medida alternativa adequada à proteção feto.

Para a correta aplicação deste subprincípio na aferição da proporcionalidade da proibição penal, faz-se necessário um estudo comparativo com legislações permissivas, demonstrando os resultados obtidos. Inicialmente, por sua semelhança em condições socioeconômicas e culturais, observa-se a experiência uruguaia.

O aborto no Uruguai foi criminalizado a partir da promulgação da Lei nº 9.763 de 1938⁵¹ que impunha uma pena de três a nove meses de prisão a mulheres que consentissem

⁴⁹ De acordo com relatório do governo brasileiro, “4% das mortes de gestantes estão relacionadas a abortos realizados em condições inseguras, situação que configura um problema de saúde pública de significativo impacto no país”. V. Informe do Brasil no contexto do 20o aniversário da aprovação da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, apresentado por ocasião da 59a Sessão da Comissão sobre a Situação das Mulheres, realizada na sede da ONU em Nova York, de 9 a 20/03/2015. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/pequim20/csw59>>. Acesso em setembro 2017.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 200, p. 250.

ou realizassem um aborto em si próprias, e àqueles que a ajudassem na realização do aborto a previsão de pena era de seis a vinte e quatro meses de prisão.

O Código Penal Uruguaio também previa causas atenuantes e extintivas da punibilidade. A punibilidade poderia ser extinta quando o aborto fosse realizado em defesa da honra própria, da honra da mulher ou da honra de um parente próximo, se houvesse o consentimento da gestante. Nos casos de gravidez resultante de estupro, seria extinta a punibilidade se realizado o aborto com o consentimento da mulher, e, se realizado sem este consentimento, a pena seria atenuada de um terço até metade. Quando o aborto fosse realizado por questões de fragilidade econômica, desde que houvesse o consentimento da mulher, a punibilidade seria extinta. Se, sem seu consentimento, atenuada a pena. Nestes três casos, era indispensável a observância do critério temporal para a realização do aborto de três meses contados a partir da concepção. O último caso de aborto permitido pela legislação era se houvesse risco à vida da mulher, hipótese de exceção ao critério temporal estipulado.

Contudo, o inciso que descrevia estas causas atenuantes da pena e extintivas da punibilidade não chegou a ser regulamentando, fragilizando o exercício deste direito pelas mulheres uruguaias. Exemplo disso é que a primeira vez que houve autorização para a realização de um aborto por penúria econômica foi em 2006 - tratava-se de uma mulher em condição de rua.⁵²

Assim como no Brasil, a criminalização do aborto no Uruguai não impedia que milhares de mulheres recorressem a clínicas clandestinas, submetendo-se a procedimentos inseguros para interromper uma gestação indesejada. O aborto era, inquestionavelmente, uma questão de saúde pública, e uma das maiores causas de morte materna.

Observando a ineficiência da proibição legal em impedir a prática do aborto no país e as consequências advindas desta opção legislativa para as mulheres, e tratando o tema não apenas sob o aspecto moral ou jurídico, mas também, como questão de saúde pública, o governo uruguaio decidiu adotar um modelo diferente para disciplinar o aborto com o advento da Lei 18.987/12.⁵³

O artigo 3º da Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez prevê o procedimento a ser adotado para assessoramento da mulher que deseja abortar. Destaca-se, antes de sua

⁵¹ URUGUAI. Lei nº 9.763, de 28 de janeiro de 1938. Modifica o capítulo IV, título XII do Livro II do Código Penal promulgado pela Lei nº 9.155, de 4 de dezembro de 1933, e declara o aborto como delito. Diário Oficial [da República Oriental do Uruguai], Montevideú.

⁵² OLIVEIRA, Inayara de. **Democracia e aborto: as disputas acerca da descriminalização no Brasil e no Uruguai**. 2016. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

⁵³ URUGUAI. Lei nº 18.987, de 30 de outubro de 2012. Estabelece as condições para a realização da Interrupção Voluntária da Gravidez, Diário Oficial [da República Oriental do Uruguai], Montevideú.

análise, que a referida lei elegeu o prazo de até 12 semanas de gestação para a realização do procedimento.

Inicialmente, a mulher que deseja abortar deverá, observando o prazo máximo de 12 semanas de gestação, encaminhar-se a uma consulta médica em uma Instituição do Sistema Integrado de Saúde para informar o seu desejo e as circunstâncias econômicas, sociais, familiares ou etárias que a conduzem à interrupção da gravidez.

Após, o médico deverá, no mesmo dia ou no dia subsequente, marcar uma nova consulta. Desta vez, a consulta será realizada por uma equipe interdisciplinar formada por um médico ginecologista, um profissional da área da saúde psíquica e um profissional da área social.

Esta equipe atuará conjuntamente e deverá informar à mulher do disposto na Lei 18.987/12, do procedimento abortivo e dos riscos inerentes a ele, bem como, das medidas alternativas ao aborto, dos programas disponíveis de apoio social e econômico e da possibilidade de direcionar a criança à adoção. Em suma, a equipe interdisciplinar deverá auxiliar a mulher, prestando-lhe todas as informações necessárias e conduzindo-a a uma decisão consciente e responsável.

Em seguida, a mulher terá um prazo mínimo de cinco dias para refletir sobre sua decisão e, ao final, ratificar o desejo de realizar o procedimento abortivo ou, ao contrário, prosseguir com a gestação de um novo ser.

Vê-se, portanto, que o procedimento elencado pela Lei Uruguiaia auxilia a mulher em sua decisão, mas não lhe retira a autonomia de vontade nem lhe concede um direito absoluto de abortar, estabelecendo alguns critérios a serem observados que refletem a preocupação em proteger, também, a vida do feto.

As consequências da descriminalização do aborto no Uruguai foram positivas e, ao contrário do que muitos dos defensores da criminalização preconizam, o índice de aborto diminuiu. Os dados de 2012 apontam que, depois da primeira consulta de assessoramento, com a equipe multidisciplinar, 22% das mulheres atendidas resolveram continuar com a gravidez. Soma-se a isto o fato de o país ter conseguido reduzir a zero o número de óbitos maternos por aborto. É isso que mostram os dados do Ministério da Saúde Pública em 2013 e 2014.⁵⁴

Portanto, o modelo adotado pelo Uruguai no enfrentamento do aborto, estabelecendo o critério temporal de 12 semanas de gestação para a realização do

⁵⁴ URUGUAI. Ministerio de la Salud Publica. Premio de la OPS-OMS por “Iniciativas Sanitarias”. 2012.

procedimento aliado à exigência de consulta médica e com equipe multidisciplinar para auxiliar e assessorar a mulher que demonstra o desejo de abortar mostra-se adequado, na medida em que protege a vida do feto, e necessário, pois menos oneroso aos direitos da mulher.

Outro país a recentemente alterar sua legislação penal, ampliando as hipóteses de aborto permitido e obtendo bons resultados é Portugal. Até 1984, a prática do aborto era completamente proibida no país. A lei 06/84 previu, pela primeira vez, hipóteses de exclusão da ilicitude: nos casos de perigo de vida da mulher, perigo de lesão grave e duradoura para a saúde física e psíquica da mulher, em caso de malformação do feto, ou quando a gravidez resultasse de uma violação. No primeiro, segundo e quarto casos, a interrupção teria que observar o prazo de doze semanas de gestação. Em caso da malformação do feto, o prazo aumentava para dezesseis semanas.

Posteriormente, em 1997, houve uma nova alteração na redação do Código Penal e ampliação dos prazos para interrupção da gravidez: de 16 para 24 semanas nos casos de doença grave ou má formação congênita do feto e de 12 para 16 semanas nos casos de estupro. No ano seguinte, em 1998, foi realizado o primeiro referendo com a proposta de legalizar a interrupção voluntária da gestação. Entretanto, o “não” foi vitorioso. Em 2007, foi realizado um segundo referendo em que o “sim” foi maioria com 59,25% dos votos, mas, assim como no primeiro referendo, o número de votantes foi inferior a 50%.

Embora não se tratasse de consulta popular vinculativa, a partir do resultado do referendo, editou o Congresso Português a Lei 16/2007 em que acrescentou ao Código Penal mais uma hipótese de interrupção da gestação: o aborto, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gestação, após um período mínimo de reflexão de três dias.⁵⁵

Vê-se que, assim como na legislação uruguaia, há a imposição de condições para que a prática abortiva possa se realizar. É necessário o atendimento ao critério temporal e a um “período de reflexão”. O governo português não tomou como absoluto o direito das mulheres, protegendo insuficientemente o direito à vida do feto, mas, sopesou os interesses contrapostos, considerando a opinião pública, para alterar a legislação vigente e melhor disciplinar o tema.

A respeito dos efeitos da alteração legislativa destaca-se o artigo Impacto da despenalização do aborto a pedido da mulher em Portugal (*The impact of the new abortion law in Portugal*) de Teresa Bombas:

⁵⁵ PORTUGAL. Lei nº 16, de 17 de abril de 2007. **Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez**, Diário da República I Série n.º75, Lisboa.

Pouco se sabia sobre o aborto em Portugal antes de 2007. Algumas estimativas apontavam para cerca de 20000 abortos/ano na década de 90. Depois de 2007, o registro das interrupções de gravidez da Direcção-Geral da Saúde permitiu conhecer anualmente os números do aborto em Portugal. A dimensão do aborto e a sua evolução temporal pode ser avaliada com vários indicadores. Se considerarmos o número de interrupções de gravidez verifica-se que este tem vindo a diminuir desde 2008 (2008: 18014 e 2013: 17 414). O decréscimo de 2008 para 2013 foi de 3,3%.

[...]

Mas sem dúvida que a grande conquista da despenalização do aborto a pedido da mulher foi o decréscimo do aborto clandestino e não seguro. O número de mortes relacionadas com o aborto clandestino diminuiu drasticamente. De 2001 a 2007 estão registradas 14 mortes maternas relacionadas com o aborto. De 2008 a 2012 apenas uma morte materna está relacionada com o aborto dentro do quadro legal e nenhuma morte materna fora do quadro legal.⁵⁶

Conclui-se, assim, que a alteração no Código Penal de Portugal, permitindo a interrupção voluntária da gestação, não aumentou a taxa de abortos no país como muitos previam, mas, ao contrário, diminuiu a sua ocorrência e, mais importante que isso, diminuiu drasticamente o número de mortes maternas em decorrência do aborto clandestino. Portanto, reforça-se a análise do subprincípio da necessidade para averiguar se a criminalização da prática abortiva é, realmente, o meio adequado à proteção do feto e menos danoso aos direitos fundamentais da mulher.

Para melhor enfrentar o problema, imperiosa, também, uma investigação acerca das causas que conduzem a mulher a optar pelo aborto. Em Razões e Sentimentos de Mulheres que Vivenciaram a Prática do Aborto⁵⁷, foi realizada uma pesquisa numa Maternidade Pública de Fortaleza no período de abril a junho de 2002 com sete mulheres que já abortaram. A idade das mulheres era entre 15 e 37 anos.

A pesquisa concluiu pela diversidade de razões que levam à prática do aborto: idade, condições econômicas, profissão, má formação congênita e pressão familiar. O artigo, desenvolvido por Mariza Silva de Oliveira, Izabel Cristina Falcão Juvenal Barbosa e Ana Fátima Carvalho Fernandes, destaca alguns trechos das entrevistas realizadas em que se observa a explicação das mulheres sobre o que as levou ao aborto. Veja trecho acerca do fator socioeconômico:

⁵⁶ BOMBAS, T. Impacto da Despenalização do Aborto a pedido da mulher em Portugal (The impact of new abortion Law in Portugal) Acta Obstet Ginecol Port 2014;8(2):108-109. Disponível em: < http://www.fspog.com/fotos/editor2/03_2014-2-editorial.pdf > Acesso em setembro 2017.

⁵⁷ Oliveira MS, Barbosa ICFJ, Fernandes AFC. Razões e sentimentos de mulheres que vivenciaram a prática do aborto. Rev RENE 2005; 6(3). Disponível em: < <http://www.periodicos.ufc.br/rene/article/view/5529> > Acesso em setembro 2017.

Quando a gente pega barriga e não tem como criar, só tomando os remédios mesmo. Depois se puder criar faz outro. Já tenho cinco filhos e eles moram com a minha irmã para eu poder fazer serviços nas casas. (Papoula)
 Não tenho como criar essa criança sozinha. Estou separada e desempregada. (Violeta)
 Não podemos colocar uma criança no mundo sem que ela possa ter o mínimo de educação, alimentação e moradia. (Margarida)⁵⁸

A criminalização do aborto afeta em maior grau as mulheres pobres com baixo índice de escolaridade, que se submetem a procedimentos inseguros em clínicas clandestinas para poder evitar uma gravidez indesejada. A pesquisa realizada aqui em Fortaleza confirma isto. O grau de instrução predominante entre as entrevistadas foi o ensino fundamental completo. Três delas tinham apenas o ensino fundamental completo, uma ainda estava cursando o fundamental, duas eram analfabetas e apenas uma havia concluído o ensino médio.

Quanto à pressão familiar, destaca-se o trecho:

Algum tempo meu pai havia falado que caso acontecesse comigo algum dia, me colocaria para fora de casa. (Jasmim)
 Abortei porque a minha mãe é muito católica e não admite que eu fique grávida antes de casar (...) (Rosa)
 Realizei o aborto porque a minha mãe iria me matar se eu aparecesse em casa de barriga. (Íris)
 Eu não tive escolha, com medo do meu pai e com a pressão do meu namorado acabei tomando os comprimidos. (Violeta)⁵⁹

Vê-se, assim, que a gestação de uma criança indesejada pode vir a ser um conflito não só para a mulher, mas, também, para a sua família e companheiro. Não há como negar que os cuidados com uma criança afetam e alteram a vida familiar. Por fim, veja trecho que mostra a realidade do aborto no Brasil e a facilidade de acesso a métodos abortivos, no qual as mulheres entrevistadas relatam a influência de terceiros na sua escolha:

Tomei o remédio por conselho da vizinha que já havia realizado quatro abortos. (Íris)
 Tomei os comprimidos porque minha irmã já tinha tomado algumas vezes e não deu nada de errado com ela. (Orquídea)
 Minha amiga já tinha tomado, mas abortou direitinho, sem problemas. (Rosa)
 Minha prima abortou uma vez, mas nada errado aconteceu. (Violeta)⁶⁰

Portanto, para além de uma possível alteração na legislação penal, há outras medidas necessárias para diminuir as taxas de aborto no Brasil e no mundo. O Estado precisa

⁵⁸ Oliveira MS, Barbosa ICFJ, Fernandes AFC. Razões e sentimentos de mulheres que vivenciaram a prática do aborto. Rev RENE 2005; 6(3). Disponível em: < <http://www.periodicos.ufc.br/rene/article/view/5529> > Acesso em setembro 2017.

⁵⁹ Ibid., p.5.

⁶⁰ Ibid., p. 4-5.

adotar políticas públicas que forneçam à mulher e a sua família uma estrutura de apoio e assessoramento, atuando sobre os fatores sociais e econômicos que a conduzem à decisão pelo aborto.

Investimento em programas de conscientização a respeito do uso de métodos contraceptivos, a disponibilização destes nos postos de saúde, programas de planejamento familiar e de educação sexual, creche pública para crianças carentes são exemplos de ações estatais como meios alternativos para evitar ou diminuir o índice de abortos provocados.

Desta forma, ainda que se considere a criminalização do aborto uma medida adequada à proteção do feto, pois evita, ainda que em menor medida a interrupção da gestação ao prever à mulher e a terceiros que a auxiliem uma pena privativa de liberdade, a opção legislativa não atende ao subprincípio da necessidade, porque, conforme demonstrado por meio de estudo comparativo de legislações permissivas e da apresentação de outros meios alternativos, a medida onera em demasia os direitos fundamentais das mulheres.

Destaca-se que, mesmo que na opinião da autora, a norma seja adequada, mas desnecessária, o que, em tese, permitiria concluir pela desproporcionalidade da norma penal, será analisado o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito para enriquecer a fundamentação na defesa da alteração legislativa.

4.3 Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Por último, se considerada a norma adequada e necessária, analisa-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito para concluir pela proporcionalidade do ato estatal. Para isto, faz-se o sopesamento dos direitos fundamentais contrapostos, verificando se a restrição imposta ao direito fundamental atingido é de menor importância que a realização do direito fundamental que serve de fundamento para o ato estatal.

Luís Virgílio Afonso da Silva discorre acerca deste terceiro subprincípio da proporcionalidade:

Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.⁶¹

⁶¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p.40.

Portanto, se apesar dos argumentos anteriormente esposados, concluir-se pela adequação e necessidade da criminalização do aborto, é necessário analisar sua proporcionalidade em sentido estrito, verificando se as limitações impostas aos direitos fundamentais da mulher são compensadas pela proteção à vida do feto.

Para estudo deste subprincípio, investigam-se quais os argumentos utilizados por ambos os lados na problemática da criminalização do aborto. Ronald Dworkin, em “Domínio da vida: aborto, eutanásia e outras liberdades”, aborda o tema sob diferentes perspectivas.

Em seu primeiro capítulo, o autor analisa os argumentos utilizados para defender a criminalização do aborto:

Em primeiro lugar, podem ser usadas para reivindicar que os fetos são criaturas com interesses próprios desde o início, aí incluído, fundamentalmente, o interesse de permanecer vivo, e que portanto eles tem os direitos que todos os seres humanos tem de proteger esses interesses básicos, inclusive o direito de não serem mortos. Nos termos de tal afirmação, o aborto é errado já em princípio por violar o direito de alguém a não ser morto, assim como matar um adulto é moralmente errado por violar seu direito a que não o matem.

A segunda afirmação que se pode fazer mediante o uso da conhecida retórica é muito diferente: a vida humana tem um valor intrínseco e inato; a vida humana é sagrada em si mesma; o caráter sagrado da vida humana começa quando sua vida biológica se inicia, ainda antes de que a criatura à qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensações, interesses ou direitos próprios. De acordo com esta segunda afirmação, o aborto é errado em princípio porque desconsidera e insulta o valor intrínseco, o caráter sagrado, de qualquer estágio ou forma de vida humana.⁶²

Para o autor, a primeira afirmação, muito utilizada pelos movimentos “Pró-vida” nos Estados Unidos, constitui mera retórica e não expressa a verdadeira opinião dos indivíduos contrários ao aborto. Ele utiliza o resultado de diversas pesquisas de opinião para sustentar a sua conclusão de que o uso deste argumento é uma escolha política. Ainda, outra razão levantada é a dificuldade de atribuir coerência à ideia de que um feto possui interesses próprios, inclusive o interesse de viver, a partir do momento da concepção.

Seguindo nesta linha de pensamento, como não há nenhuma forma de consciência, não é possível afirmar que o feto possui interesses próprios. A medicina corrobora este fundamento. No momento da concepção, não está formado, mesmo que inicialmente, o sistema nervoso do feto, o que ocorre por volta da 12ª semana de gestação. Não há, ainda, nem a formação do tubo neural. Também, não há que se falar em afligir dor ao feto ou que ele é capaz de sentir prazer, alegria, decepções e emoções no geral seguindo o mesmo raciocínio embasado na ciência. Portanto, difícil concluir que um ser, que nunca

⁶² DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003, p. 12-13.

adquiriu nenhum tipo de consciência possa ter interesses próprios, inclusive o interesse de viver.

Neste sentido, importante salientar que o ordenamento positivo brasileiro não confere a mesma proteção à vida do feto e à vida de um indivíduo já nascido. A pena para o aborto provocado pela gestante é de detenção de um a três anos. No artigo 123, do CP, a pena prevista para o infanticídio é de detenção de dois a seis anos. Já a pena prevista para o homicídio é de seis a vinte anos. Note-se a distinta carga valorativa e proteção jurídica destinadas ao valor vida, considerando-se o estágio de desenvolvimento da vida humana.

O Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, mas não lhe confere a mesma proteção destinada a uma pessoa nascida com vida. Desta forma, não há como afirmar que a proteção jurídica destinada ao feto equivale à proteção destinada a uma pessoa adulta. Não há como concluir que o feto desde o momento de sua concepção é uma pessoa em sua plenitude com direitos e interesses próprios de igual importância aos de qualquer pessoa.

Analisando a segunda afirmação, o autor acredita ser possível atribuir à vida um valor intrínseco e sagrado e posicionar-se frontalmente contrário ao aborto em todas as ocasiões, mas entender pela descriminalização do aborto, permitindo às mulheres decidir por interromper ou continuar com a gestação, já que o Estado não deve impor às pessoas uma conduta moral, ética ou religiosa a ser seguida.

O aborto seria então, tanto para o grupo conservador, “pró-vida”, a favor da criminalização, quanto para o grupo liberal, defensor do direito de escolha da mulher, uma questão moral que pressupõe o valor intrínseco da vida, independentemente de conflito com outros interesses.

Desta forma, não seria necessário perquirir a partir de que momento o feto adquire consciência ou pode sentir dor. O essencial é que, a partir do momento da concepção, da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, mesmo quando se tem apenas um aglomerado de células formando o zigoto, que ainda vai passar por um processo evolutivo para adquirir características que o possam qualificar feto já existe vida humana e esta possui um valor sagrado, indiscutível.

Assim, quando se analisa as exceções concedidas pela legislação penal e jurisprudência pátria para realizar o aborto: aborto para salvar a vida da mãe, aborto quando a gravidez resulta de estupro e aborto de feto anencéfalo, pode-se chegar a conflitos sobre o valor vida.

No primeiro caso, aborto necessário, é possível considerar o aborto como uma forma de estado de necessidade, uma reação da mulher ou do médico responsável para proteger a vida da mãe, sacrificando a vida do feto. Esta excludente ao aborto é aceita em larga escala, pois não se considera razoável exigir de alguém a renúncia a sua própria vida.

O segundo caso, gravidez resultante de estupro, gera um conflito moral mais intenso. Tem-se uma mulher que teve seu corpo violado, agredido e desta violação resulta a gestação de um feto que nada tem a ver com a conduta moralmente reprovável realizada, ou seja, um feto inocente. Para os defensores da vida como inviolável e sagrada, torna-se uma postura contraditória defender a impossibilidade do aborto em casos que possam arruinar a vida da mulher e de sua família, mas permitir a interrupção da gestação em casos de estupro, pois em ambos há, já desde a concepção, a vida biológica e o valor moral que lhe é concedido.

No terceiro caso, gravidez de feto anencéfalo, o feto possui uma anomalia grave e, mesmo que levada a termo a gestação, a criança não terá nem um segundo de consciência, não poderá sentir dor, ver, ouvir – em resumo, não poderá experimentar sensações, mas há casos em que a sobrevivida pode chegar a anos. Assim, surge mais uma vez um conflito moral: a vida de um feto sem consciência possui menor valor? Ainda que não haja atividade cerebral, não merece o feto a proteção outorgada aos demais?

Veja-se que nos três casos de exceções ao tratamento do aborto como crime, há um conflito moral que gravita ao seu redor, assim como no aborto provocado. A diferença consiste no peso que é dado aos valores frontalmente opostos ao valor vida do feto. Na primeira exceção tem-se o conflito vida do feto e vida da gestante, optando a legislação por não obrigar a mulher a renunciar a sua vida.

Na gravidez resultante de estupro, opta o legislador por não impor à mulher levar a termo a gestação de um feto fruto de um crime sexual. Considerando a saúde e a integridade física e psíquica da gestante, o Estado concede à mulher a possibilidade de interromper sua gestação, abrindo mão da proteção absoluta ao valor vida do feto.

Na gravidez de feto anencéfalo, o Supremo Tribunal Federal, após amplo debate, considerou que, à época da feitura do Código Penal, não podia o legislador prever os avanços da medicina e considerar possível a descoberta de anomalias ainda na fase fetal e, portanto, ampliar as hipóteses de exceção ao aborto para incluir a gestação de feto anencéfalo. Desta forma, a Corte Suprema, declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual o aborto de feto anencéfalo é crime.

Neste último caso, o conflito moral é se a vida do feto – ainda que sem consciência e sem a possibilidade de vir a tê-la – merece uma proteção menor que a vida de

um feto saudável, tomando-se em conta a análise dos danos psicológicos e da dor que a mulher pode sofrer ao levar a termo a gestação de um feto com esta grave anomalia. O Estado, então, realizando o sopesamento dos valores em conflito, opta por sacrificar o valor vida do feto anencéfalo.

No aborto voluntário, o conflito moral parece ser mais complexo. De um lado há o valor intrínseco e inviolável da vida e de outro há a escolha da mulher em interromper uma gestação indesejada. Não caberia ao Estado, em caso de descriminalização desta hipótese, perscrutar qual o motivo da decisão pelo aborto ou elaborar uma lista, um rol taxativo elencando as possíveis razões autorizatórias do aborto.

Veja-se que, por mais que o Estado considerasse necessário expor a causa que levou ao aborto para que a mulher pudesse praticá-lo, seria difícil imaginar uma verificação desta causa - se verdadeira ou não. O Governo, portanto, não teria como dever a proteção absoluta da vida do feto, mas, numa postura diametralmente oposta, retiraria este conflito do âmbito jurídico para restringi-lo ao âmbito moral, outorgando à mulher a possibilidade de enfrentá-lo a sua maneira de acordo com suas experiências e valores sociais, morais e religiosos.

Não se nega a complexidade da escolha pelo aborto e as consequências advindas desta. Optar por realizar o aborto ou levar a termo uma gestação não planejada ou indesejada é questão difícil, polêmica, que pode gerar, inclusive, danos psicológicos.

Independentemente do tratamento legal e jurídico conferido ao aborto, esta é uma escolha que gera um conflito moral que atinge, primordialmente, a mulher, mas que alcança, também, seus familiares e amigos.

Em 1973, a Suprema Corte dos Estados Unidos, foi instada a se manifestar sobre a constitucionalidade do aborto no caso emblemático *Roe x Wade* e decidiu por sete votos a dois descriminalizar o aborto considerando o direito fundamental à privacidade amparado pela 14ª Emenda da constituição americana. Por trazer elementos essenciais à discussão, destacam-se alguns pontos da decisão:

O direito à privacidade, seja ele encontrado no conceito de liberdade pessoal mencionado na Décima-Quarta Emenda como nós entendemos aqui, ou na (Nona Emenda), é amplo o bastante para incorporar a decisão de uma mulher sobre se irá ou não terminar a sua gravidez. O prejuízo que o Estado iria impor sobre a mulher grávida pela negativa desta escolha é inteiramente clara. Danos específicos e diretos medicamente diagnosticáveis mesmo no início da gravidez podem estar (envolvidos). Danos psicológicos podem ser iminentes. Saúde mental e física pode ser influenciada pelo ato de cuidar de uma criança. Há também o stress, para todos os envolvidos, associados com crianças não-desejadas, e há o problema de se trazer uma criança a uma família já incapaz, psicologicamente e de outras formas, de cuidar dela. Em outros casos, como neste, as dificuldades adicionais e o contínuo

estigma de uma maternidade sem casamento podem estar envolvidos. Todos esses são fatores que a mulher e seu médico responsável necessariamente irão considerar na consulta. [...] Com base em elementos como esses, as apelantes e alguns amici argumentaram que o direito da mulher é absoluto e que a ela é garantido o direito de terminar sua gravidez a qualquer tempo, de qualquer forma, e por qualquer razão que ela sozinha escolha. Com isso nós não concordamos. (As) decisões da Corte reconhecendo um direito à privacidade também reconhecem que alguma regulação estatal em áreas protegidas por tal direito é apropriada. (Um) estado pode adequadamente afirmar importantes interesses na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida em potencial. Em algum ponto da gravidez, esses interesses respectivos se tornam suficientemente prementes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão de abortar [compelling: premente/urgente]. O direito à privacidade aqui envolvido, portanto, não pode ser tido como absoluto. [...] Nós, portanto, concluímos que o direito à privacidade pessoal inclui a decisão de abortar, mas que este direito [...] precisa ser considerado contra os importantes interesses estatais em regulá-lo. [...] Apesar dos resultados estarem divididos, a maior parte dessas cortes concordaram que o direito à privacidade é amplo o bastante para abranger a decisão de abortar; que esse direito, não obstante, não é absoluto e é sujeito a algumas limitações; e que em algum ponto os interesses estatais na proteção da vida, padrões médicos e vida prenatal se tornam dominantes. Nós concordamos com essa análise. Onde certos 'direitos fundamentais' estão envolvidos, a Corte tem sustentado que a regulação limitando esses direitos pode ser justificada apenas por um 'interesse estatal premente' [compelling state interest] e que atos legislativos precisam ser estreitamente direcionados para expressar apenas os legítimos interesses estatais em jogo [narrowly drawn to express only the legitimate state interests at stake]. [...] Os apelados argumentam que o feto é uma 'pessoa' na linguagem e significado da Décima-Quarta Emenda. [Nesses termos], o caso da apelante, claro, entra em colapso, porque o direito à vida do feto é então garantido especificamente por esta Emenda. [...] A Constituição [contudo] não define 'pessoa' em tantas palavras. [...] Mas em aproximadamente em todas essas instâncias, o uso da palavra é tal que ela tem aplicação apenas após o nascimento [only postnatally]. Nenhuma indica, com alguma segurança, que ela tem alguma possível aplicação antes do nascimento [any pre-natal application]. Tudo isso [...] nos persuade de que a palavra 'pessoa', tal como usada pela Décima-Quarta Emenda, não inclui os não-nascidos. (Então), nós passamos a outras considerações. A mulher grávida não pode ser isolada em sua privacidade. Ela carrega um embrião e, posteriormente, um feto. (A) situação, portanto, é inerentemente diferente da intimidade marital, ou da posse de material obscuro no quarto de dormir, do casamento, da procriação ou da educação, com os quais Eisenstadt, Griswold, Stanley, Loving, Skinner, Pierce e Meyer estavam preocupados. Como nós anotamos acima, é razoável e apropriado que o Estado decida que, em algum ponto no tempo, um outro interesse, aquele da saúde da mulher ou da vida humana potencial, se tornem significativamente envolvidos. A privacidade da mulher não está mais só e qualquer direito à privacidade que ela possua precisa ser considerado de acordo com isso. O Estado do Texas argumenta que independentemente da Décima Quarta Emenda a vida começa na concepção e está presente ao longo da gravidez, e que, portanto, o Estado tem um interesse premente em proteger a vida desde e após a concepção. Nós não precisamos resolver a difícil questão de quando a vida começa. Quando aqueles treinados (em) medicina, filosofia e teologia são incapazes de chegar em qualquer consenso, o judiciário, neste ponto do desenvolvimento do conhecimento humano, não está em posição de especular uma resposta. [...] Em vista disso tudo, nós não concordamos que, ao adotar uma teoria da vida, o [Estado] pode passar por cima [override] dos direitos de mulheres grávidas que estão em jogo. Nós repetimos, contudo, que o Estado tem um importante e legítimo interesse na preservação e proteção da saúde da mulher grávida [...] e que ele tem ainda um outro importante e legítimo interesse na proteção da potencialidade da vida humana. Esses interesses são separados e distintos. Cada um cresce em substancialidade quando a mulher se aproxima do termo [da gravidez] e, em um ponto durante a gravidez, cada um se torna 'premente' [compelling]. Relativamente ao interesse na saúde da mãe, o ponto 'premente', à luz

do conhecimento médico atual, é aproximadamente no fim do primeiro trimestre. Isso é assim por conta do agora estabelecido fato médico de que até o fim do primeiro trimestre a mortalidade no aborto é menor que a mortalidade no parto normal. Disso se segue que, a partir e após este ponto, o Estado pode regular o procedimento abortivo na extensão que a regulação razoavelmente se relacione à preservação e proteção da saúde materna. Exemplos de regulação estatal permitida nesta área são os requisitos e as qualificações da pessoa que pode realizar o aborto; (como) relativamente ao local no qual o procedimento pode ser realizado (e) [outros temas] relacionados. Isso significa, por outro lado, que, no período da gravidez anterior a este ponto ‘premente’, o médico atendente, em consulta com a sua paciente, é livre para determinar, sem regulação estatal, que no seu julgamento médico a gravidez da paciente deve ser terminada. Se a essa decisão se chega, o julgamento pode ser efetuado por um aborto livre da interferência estatal. Relativamente (ao) interesse na vida potencial, o ponto ‘premente’ é o da viabilidade [...] usualmente colocada em aproximadamente sete meses (28 semanas), mas pode ocorrer antes, mesmo em 24 semanas. Isso é assim porque o feto então presumivelmente tem a capacidade de uma vida significativa fora do útero materno. A regulação estatal protetiva da vida fetal após a viabilidade então tem justificações tanto lógicas quanto biológicas. Se o Estado estiver interessado em proteger a vida fetal após a viabilidade, ele pode ir até o ponto de procriar o aborto durante aquele período exceto quando isso for necessário a preservar a vida ou saúde da mãe. [...] Para sintetizar e repetir: [...] (a) no período anterior a aproximadamente o fim do primeiro trimestre, a decisão de abortar e sua efetivação devem ser deixadas ao julgamento médico do médico que atende a mulher grávida; (b) no estágio subsequente ao fim do primeiro trimestre, o Estado, ao promover o seu interesse na saúde da mãe, pode, se quiser, regular o procedimento de aborto de formas que sejam razoavelmente relacionadas com a saúde materna; (c) no estágio subsequente da viabilidade, o Estado, na promoção do seu interesse na potencialidade da vida humana, pode, se quiser, regular, e mesmo proibir, o aborto exceto quando ele for necessário, de acordo com julgamento médico apropriado, à preservação da vida ou saúde da mãe. [...] Esse resultado, nós acreditamos, é consistente com os pesos relativos dos respectivos interesses envolvidos [...].⁶³

Note-se que a Suprema Corte americana trata o aborto provocado de diversas formas. A decisão reconhece a dificuldade em se estabelecer o momento de início da vida e reafirma a proteção ao direito à vida do feto e ao direito da mulher de interromper uma gestação indesejada, direitos contrapostos cujo conflito é inevitável.

Observa-se que a Corte Suprema americana elenca alguns direitos das mulheres violados com a criminalização do aborto, entre eles, a integridade física e psíquica e a autonomia da vontade. Ainda, afirma a Corte o caráter não-absoluto do direito ao aborto pela mulher, abarcado pelo direito à privacidade, impondo alguns requisitos essenciais à prática abortiva, regulamentando-a e protegendo o direito à vida do feto.

Ao final do trecho da decisão, a Corte protege a vida do feto ou o direito de aborto pela mulher, dependendo da perspectiva adotada, à medida da viabilidade de vida extrauterina, ou seja, a proteção conferida a ambos os direitos depende do estágio da gravidez.

⁶³ Roe v. Wade. 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705 (1973). Decisão referenciada em VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A mulher e o direito ao próprio corpo. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. LEITE, Glauco Salomão. Manual dos Direitos da Mulher, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, pp. 150-183. Tradução do autor.

O ministro Barroso, no mesmo sentido, ao explicar acerca da proporcionalidade em sentido estrito, pontuou que a proteção à vida do nascituro varia de acordo com seu estágio de desenvolvimento na gestação e concluiu pela descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação em conformidade com as legislações de diversos países como Alemanha e Uruguai:

O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização.

[...]

Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.⁶⁴

Desta forma, analisado o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, conclui-se pela desproporcionalidade da norma penal incriminadora.

Ademais, ressalte-se a importância da decisão proferida no HC 124.306 com destaque ao voto proferido pelo Ministro Barroso para reforçar os argumentos utilizados pelo grupo pró-aborto e, de uma maneira geral, incentivar a discussão do tema, analisando-o sob diversos enfoques.

A referida decisão não possui efeito vinculativo, mas certamente, poderá ser utilizada por diversos magistrados e tribunais como precedente para defender a possibilidade do aborto provocado.

Ainda, surge a expectativa de alteração na interpretação dos artigos proibitivos do aborto inseridos no Código Penal pelo STF, em possível análise de sua constitucionalidade e, por conseguinte, recepção por nossa Constituição pelo plenário.

⁶⁴ 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 setembro 2017.

Portanto, esta decisão representa um marco na luta pelos direitos fundamentais das mulheres e possibilita uma visão otimista acerca da possibilidade de futura, mas não distante alteração ou na legislação penal vigente ou na interpretação da norma proibitiva.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se não existir consenso acerca do início da vida e a improbabilidade de se chegar a um. O próprio Código Penal, ao criminalizar o aborto, não estabeleceu a partir de que momento começa a vida.

Demonstrou-se, também, a relevância dos direitos fundamentais das mulheres, como, autonomia, integridade física e psíquica e dignidade e do direito à vida do feto, bem como, a necessária proteção jurídica de todos eles, realizando-se o sopesamento dos bens jurídicos contrapostos para solucionar o conflito aparente de direitos fundamentais.

Ao analisar a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade e os seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito à legislação penal em vigor, o resultado obtido foi pela desproporcionalidade da norma incriminadora.

Sustentou-se que a opção legislativa pela criminalização do aborto onera em demasia os direitos fundamentais das mulheres e possui, na prática, eficácia preventiva mínima, pois, não impede a realização do aborto, conforme demonstrado pelas pesquisas referenciadas que apontam o alto índice de abortos no País, mas, apenas, conduz à clandestinidade milhares de mulheres que, por não possuírem condições financeiras, submetem-se a procedimentos perigosos e primitivos em clínicas clandestinas para a interrupção da gestação.

Ainda, defendeu-se uma reforma legislativa para permitir o aborto no primeiro trimestre da gravidez por meio do estudo comparativo de legislações permissivas de países como Uruguai e Portugal. Da mesma forma, defendeu-se a proteção à vida do feto por meio de políticas públicas que incentivem a educação sexual, o planejamento familiar e que estabeleçam uma rede de apoio à mulher.

Concluiu-se, por fim, pela relevância do tema e do debate, tendo em vista a grande quantidade de abortos realizados no país e as consequências da criminalização que alçam o aborto a uma das maiores causas de morte materna no país.

REFERÊNCIAS

ABC. MED. BR. Anencefalia: **causas, sinais e sintomas, diagnóstico, evolução**. Disponível em: <http://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/340714/anencefalia+causas+sinais+e+sintomas+diagnostico+evolucao.htm>. Acesso em setembro 2017.

ALMEIDA, Jessica de Jesus. **ABORTO DE FETO ANENCÉFALO: nova perspectiva após decisão do STF**. Revista Cej, Brasília, n. 64, p.26-21, set/dez. 2014. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1936/1860> Acesso em setembro 2017.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. vol. 2. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 189.

BLAY, Eva Alternam. **Um Caminho Ainda em Construção: A Igualdade de Oportunidades para as Mulheres**. Revista da USP nº 49. p. 82-97

BOMBAS, T. **Impacto da Despenalização do Aborto a pedido da mulher em Portugal** (The impact of new abortion Law in Portugal) Acta Obstet Ginecol Port 2014;8(2):108-109. Disponível em: http://www.fspog.com/fotos/editor2/03_2014-2-editorial.pdf > Acesso em setembro 2017.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Aspectos controvertidos da situação jurídica do nascituro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11922&re vista_caderno=6>. Acesso em: setembro 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. Malheiros Editores, 2006, p. 434.

BRANDÃO, Cláudio. O aborto no contexto da ciência penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p.119-130, jul/dez. 2013.

BRASIL. **Código Civil** (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: setembro 2017.

BRASIL. **Código Penal** (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: setembro 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 20 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em: setembro 2017.

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 setembro 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2012. p.135.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS DO HOMEM, 1993. **Declaração de Viena**. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf> Acesso em setembro 2017.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: setembro 2017.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III.

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: setembro 2017.

FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 24, n.94, p.09-30, abr-jun/2003.

FRANCO, Fabio Luis; OLIVEIRA, José Sebastião de. **O nascituro e o início da vida**. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 7, n. 1, p.241-249, jan/jun 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/525/383>> Acesso em: setembro 2017.

FREITAS. Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 208.

KOTTOW, Miguel. **Bioética Del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza la vida humana?**, Bioética – Conselho Federal de Medicina, Brasília, v.9, n.2, p.25-42, 2001.

LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. **Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: expressões das políticas públicas no município de Fortaleza**. 2013. Dissertação-Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza. p.17

MARTA GN, Job JRPP. †**Aborto: uma questão de saúde pública**. Medicina (Ribeirão Preto) 2008; 41 (2): 196-9. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/267/268>> Acesso em setembro 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 200, p. 250.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica** / Ministério da Saúde. Secretaria de

Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 3. ed. atual. e ampl., 1. reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2012.124 p.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.** Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf> Acesso em setembro 2017.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A da Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em setembro 2017.

NOGUEIRA, Sandro. **A norma técnica de prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes – repercussões sobre a in(segurança) dos médicos para praticar o aborto legal.** p.02 Disponível em: <<https://ibccrim.org.br>> Acesso em setembro 2017.

OLIVEIRA, Inayara de. **Democracia e aborto: as disputas acerca da descriminalização no Brasil e no Uruguai.** 2016. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

OILIVEIRA MS, Barbosa ICFJ, Fernandes AFC. **Razões e sentimentos de mulheres que vivenciaram a prática do aborto.** Rev RENE 2005; 6(3). Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/rene/article/view/5529>> Acesso em setembro 2017.

OMS apud VALONGUEIRO, Sandra. **Mortalidade materna por aborto: fontes, métodos e instrumentos de estimação.** Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Mortalidade%20\(Materna\)>](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Mortalidade%20(Materna)>). Acesso em: jun. 2014.p.1.

PATIAS, N. D., BUAES, C. S. **“Tem que ser uma escolha da mulher”! Representações de maternidade em mulheres não-mães por opção.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/seerpsicsoc/ojs2/index.php/seerpsicsoc/article/viewFile/3421/2062>> Acesso em setembro 2017.

PORTUGAL. Lei nº 16, de 17 de abril de 2007. **Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez,** Diário da República I Série n.º75, Lisboa.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição.** Disponível na Internet em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em setembro de 2017.

SEDGH G et al., Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends, *The Lancet*, 2016. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/infographic/2016/restrictive-laws-do-not-stop-women-having-abortions>> Acesso em setembro 2017.

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

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. abr. 2002.

SILVEIRA, Angeles Beatriz da. **ABORTO LEGAL: Análise da Ampliação de Hipóteses proposta pelo Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. 2014. 76 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Cap. 1.

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: setembro 2017

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 528. São Paulo: Saraiva, 2010.

TESSARO, Anelise. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais**. 2006. 138 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Cap. 02.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p.80.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. 2nd. Ed.. Mineola: The Foundation Press, 1988, P. 1354.

URUGUAI. Lei nº 9.763, de 28 de janeiro de 1938. **Modifica o capítulo IV, título XII do Livro II do Código Penal promulgado pela Lei nº. 9.155, de 4 de dezembro de 1933, e declara o aborto como delito**. Diário Oficial [da República Oriental do Uruguai], Montevideú.

URUGUAI. Lei nº 18.987, de 30 de outubro de 2012. **Estabelece as condições para a realização da Interrupção Voluntária da Gravidez**, Diário Oficial [da República Oriental do Uruguai], Montevideú.

URUGUAI. **Ministerio de la Salud Publica**. Premio de la OPS-OMS por “Iniciativas Sanitarias”. 2012

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A mulher e o direito ao próprio corpo**. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. LEITE, Glauco Salomão. Manual dos Direitos da Mulher, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, pp. 150-183. Tradução do autor.