

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A INEFICÁCIA DA LEI PENAL E PUNIÇÃO SOCIAL:
ANÁLISE FRENTE À CRIMINALIZAÇÃO DO AUTOABORTO**

RAISSA BÁRBARA STAVOLA LIMA PEREIRA

RIO DE JANEIRO
2017 / SEGUNDO SEMESTRE

RAISSA BÁRBARA STAVOLA LIMA PEREIRA

A INEFICÁCIA DA LEI PENAL E A PUNIÇÃO SOCIAL:
ANÁLISE FRENTE À CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristiane Brandão Augusto Mérida.

RIO DE JANEIRO
2017 / SEGUNDO SEMESTRE

RAISSA BÁRBARA STAVOLA LIMA PEREIRA

A INEFICÁCIA DA LEI PENAL E PUNIÇÃO SOCIAL:
ANÁLISE FRENTE À CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristiane Brandão Augusto Mérida.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientadora

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2017 / SEGUNDO SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

P436i Pereira, Raissa Bárbara Stavola Lima
A ineficácia da lei penal e punição social:
análise frente à criminalização do autoaborto /
Raissa Bárbara Stavola Lima Pereira. -- Rio de
Janeiro, 2017.
69 f.

Orientadora: Cristiane Brandão Augusto Mérida.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Aborto. 2. Mulher. 3. Direito penal. 4.
Punição social. 5. Ineficácia da lei. I. Brandão
Augusto Mérida, Cristiane, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, à minha família. Meus pais, Rita e Ubiratan, que me proporcionaram acesso aos estudos e uma estrutura familiar sólida. Pela compreensão no momento em que quis começar tudo de novo e pelas oportunidades que me foram dadas as quais não tiveram. À minha avó, Nelmi, que sempre incentivou seus filhos a perseguirem oportunidades melhores de vida e me acompanhou sempre com dedicação e carinho. À minha tia e ao meu tio, Ana Cristina e Júlio, por sempre estarem presentes, mesmo com a distância entre cidades. Em especial, quando da decisão de mudar para o direito, a orientação de minha tia, também bacharel nessa ciência.

À minha Nina, cãopanheira fiel e carinhosa, sempre ajudando a aliviar o estresse e a tensão do dia-a-dia.

Também gostaria de agradecer à minha amiga Roberta, que desde a época de colégio acompanhou todos os momentos, também ingressou na UFRJ, ouviu minhas reclamações e também comemorou minhas conquistas, além de sentir um pedaço do que é viver a Faculdade Nacional de Direito.

Aos meus colegas e amigos de faculdade que me acompanharam por essa jornada e passaram pelas mesmas ansiedades, preocupações com provas, trabalhos, OAB, pelos órfãos de fins de períodos onde nos sentíamos aliviados pra começar depois tudo de novo. Em especial, Ana Carolina e Rafaella.

Gostaria de agradecer a todos os professores da Faculdade Nacional de Direito que usaram suas aulas não só como instrumento de ensino, mas também como espaço de reflexão sobre o direito e a sociedade, como contribuição de melhoria das nossas vidas e como um lugar de troca entre o conhecimento deles e seus alunos.

Por fim, gostaria de agradecer à professora Cristiane Brandão que acolheu meu tema e aconselhou a melhor forma de abordá-lo na construção dessa primeira pesquisa mais concreta no meio acadêmico.

Não seria possível obrigar diretamente uma mulher a parir: tudo o que se pode fazer é encerrá-la dentro de situações em que a maternidade é a única saída; a lei ou os costumes impõem-lhe o casamento, proíbem as medidas anticoncepcionais, o aborto e o divórcio.

(Simone de Beauvoir)

RESUMO

Este trabalho objetiva questionar a eficácia da criminalização do aborto, tendo em vista o elevado número de abortos no Brasil, a saúde das mulheres e a autonomia da mulher sobre o próprio corpo. Além disso, pretende-se refletir sobre o bem jurídico tutelado, a vida. Como a criminalização do aborto pode ser um meio de proteção a esse bem quando a mulher que pratica o aborto inseguro pode acabar morrendo? O contexto de construção social da mulher nos permite identificar no direito instrumentos de controle através da restrição da autonomia sobre seu corpo. Desta forma, o presente trabalho visa demonstrar a contraditória temática em prol da proteção da vida, onde o Estado sob o argumento de defesa do direito do feto deixa a mulher em desamparo e, por muitas vezes, entrar para a estatística de morte materna no Brasil. Em outros casos, a maternidade compulsória é uma forma de reforçar a instituição de um papel da mulher na sociedade.

Palavras chaves: Aborto. Mulher. Direito penal. Punição social. . Ineficácia da lei.

ABSTRACT

The present paper aims to question the effectiveness of the abortion's criminalization, according to the high number of abortions in Brazil, women's health and women's autonomy over their own bodies. In addition, it is intended to reflect on the protected legal good, life. How can a criminalization of abortion be a means of protecting that good when the woman practicing unsafe abortion may end up dying? The context of woman social construction allows us to identify in the law tools to control by restricting autonomy over her body. In this way, the present paper has demonstrated the contradictory thematic for the protection of life, where the State under the argument of defending the fetus' rights let women in helplessness and, many times, be a statistic of maternal death in Brazil. In other cases, compulsory maternity is a way to strengthen the institution of a role of women in society.

Keywords: Abortion. 2. Woman. 3. Criminal law 4. Social punishment. 5. Ineffectiveness of the law.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	10
1. O PAPEL DA MATERNIDADE NA SOCIEDADE E O ABORTO.....	12
1.1 A evolução do papel da mulher na sociedade	13
1.2 O posicionamento do movimento feminista em relação à maternidade compulsória	17
1.3 O (auto)aborto.....	19
1.3.1 A moralidade do aborto	20
1.3.2 Posição da Igreja Católica	23
1.3.3 Posição do movimento pró-vida.....	24
1.3.4 Posição pró legalização ou descriminalização do aborto	24
1.3.5 Posição a favor da liberalização do aborto.....	25
2. A LEGISLAÇÃO E O ABORTO.....	26
2.1 A legislação penal brasileira	27
2.1.1 Espécies de aborto	28
2.1.2 Elemento subjetivo	29
2.1.3 Consumação x Tentativa.....	30
2.1.4 O processo penal do crime de aborto.....	30
2.1.5 As exceções admitidas	31
2.1.6 ADPF nº 54/DF.....	32
2.2 A pílula do dia seguinte	35
2.3 Dignidade humana, inviolabilidade do direito à vida e autonomia sobre o próprio corpo	36
2.4 HC 124306/RJ.....	40
2.5 Direito comparado: os casos de Portugal e Uruguai.....	46
3. AS MULHERES QUE ABORTAM NO BRASIL	50
3.1 Números relacionados ao aborto.....	51
3.2. Aborto ilegal, seguro e inseguro e a seletividade da justiça.	52
3.3 A punição social da mulher	54
3.4 A ineficácia da lei penal	57
CONCLUSÃO.....	61
BIBLIOGRAFIA	64

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como tema a análise da ineficácia da lei penal e a punição social através da ótica da criminalização do aborto no Brasil. O debate sobre esse assunto é bastante polarizado, principalmente na conjuntura atual do país. Apesar disso, o tema ainda é tratado como tabu na sociedade brasileira, sendo muito influenciado também pela associação da figura religiosa ao objeto do estudo.

A sociedade construiu papéis para os homens e para as mulheres ao longo da história humana. Enquanto ao homem cabia o sustento da família, à mulher cabia o cuidado com o esposo, com o lar e com os filhos. Construiu-se em cima da mulher a imagem maternal. Uma função naturalizada, ligada à condição de fêmea.

No primeiro capítulo deste trabalho a abordagem se dará em torno do recorte do papel da maternidade na sociedade. O patriarcado, ao desenvolver seus mecanismos de controle, reforçou cada vez mais a ideia de que o homem é o padrão e a mulher é aquela que deve saber que lhe é inferior. Essa construção era reforçada pelo próprio sistema jurídico ainda quando a mulher não tinha direito ao voto.

As coisas começaram a acender uma chama de mudança com a Revolução Industrial e uma entrada maior das mulheres no mercado de trabalho. Com o avanço de tecnologias num mundo capitalista, arcar com as despesas do lar acabou por forçar mulheres a saírem e trabalharem. Contudo, não sem serem menosprezadas com salários baixos e alta carga horária. Simone de Beauvoir salienta que na história o que impede a mulher de participar da construção do mundo é a sua escravização à função de geradora¹.

O mundo passa por ondas de liberdade sexual, movimento feminista, profusão da pílula como método anticoncepcional e as mulheres reivindicam mais direitos, melhores condições de trabalho, maior espaço na política. A figura da mulher começa a despontar mudanças, ela

¹ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo, vol. I*. Tradução Sérgio Milliet. – 3. ed. – p. 171. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976.

quer trabalhar, ter sua independência e, principalmente, decidir quando e quantos filhos querer.

A discussão quanto ao direito ao aborto começa a borbulhar. Feministas da Europa e dos Estados Unidos começam a afirmar que se trata de um direito da mulher de decidir sobre o próprio corpo. A Europa começa a se preocupar com a questão dos abortos clandestinos e mortes de mulheres e decide já em 1970 por legislações permissivas².

Ainda no capítulo um será vista a concepção de aborto por diferentes setores da sociedade. O conceito do autoaborto, objeto principal dessa análise, a visão criada pela Igreja Católica e também as posições de quem é a favor da descriminalização, da liberalização e de quem é desfavorável à mesma.

No segundo capítulo deste trabalho será analisada a legislação penal referente ao tema, como a abordagem é realizada pelo nosso Código Penal de 1940, as exceções admitidas no Brasil e o que o Supremo Tribunal Federal já manifestou sobre essa questão.

A exposição de alguns posicionamentos nos votos de ministros da mais alta Corte do país será realizada como fonte de crítica ao direito e de reflexão quanto à pertinência ou não da criminalização de mulheres que praticam o aborto. Uma breve análise quanto ao direito comparado dos casos português e uruguaio será feita como uma forma de inspiração para a solução da problemática no Brasil.

Por fim, no terceiro e último capítulo, veremos os perfis das mulheres que abortam hoje em dia no país, a punição social que as cerca e que está contida na norma jurídica. A ineficácia da legislação quanto ao tema será um ponto para o questionamento de alguns dos principais fundamentos básicos do direito, a eficácia da norma e as funções da pena.

²MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto – sacralidade da vida e o novo papel da mulher*. pgs. 25 e 26 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1997.

1. O PAPEL DA MATERNIDADE NA SOCIEDADE E O ABORTO

Antes de adentrar na temática central a ser abordada, deve ser feita uma contextualização acerca do papel da maternidade na vida da mulher na sociedade e o que o feminismo trouxe de contribuição quanto a esse tópico.

Simone de Beauvoir permeara, primeiramente, em seu livro “O Segundo Sexo”, o que é uma mulher. Procurou a autora demonstrar tal definição a partir da visão masculina, ou melhor, a partir da visão da sociedade culturalmente acostumada a enxergar a mulher sob a ótica masculina. Para ela, não basta que a mulher seja definida por seu sexo, mas, e principalmente, pelo seu comportamento. Uma sociedade voltada para o homem como o seu centro, vê a mulher como o outro.

O homem representa a um tempo o positivo e o neutro, a ponto de dizermos “os homens” para designar os seres humanos, tendo-se assimilado ao sentido singular do vocábulo latino *vir* o sentido geral do vocábulo *homo*. A mulher aparece como o negativo, de modo que toda determinação lhe é imputada como limitação, sem reciprocidade. (...) A mulher tem ovários, um útero; eis as condições singulares que a encerram na sua subjetividade; diz-se de bom grado que ela pensa com suas glândulas³.

Nesse contexto, a biologia também já corroborou para esse reducionismo da mulher aos ovários, à condição de fêmea. Sendo assim, não é de se admirar que os próprios legisladores demonstrassem a condição de subordinada da mulher, ou seja, a partir do momento em que as mulheres são inferiores aos homens, isso enseja a elas menos possibilidades. Daí a histórica falta de equidade de direitos entre homens e mulheres. Não obstante, de acordo com esses preceitos, se a mulher tinha como sua principal função a reprodução, absurdo seria deixá-la optar por rejeitar uma gravidez.

Por muito tempo – e diga-se, ainda hoje - as mulheres viveram vinculadas à ideia de serem seres ligados diretamente ao papel da reprodução e do seu natural instinto maternal, o que a faria, automaticamente, ser dotada de habilidade para cuidar dos filhos, do lar e do marido.

³ BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo, vol. I. Tradução Sérgio Milliet. – 3. ed. – p. 12. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976.

1.1 A evolução do papel da mulher na sociedade

Com o advento da Revolução Industrial, a demanda por mão de obra cresceu, principalmente pela mais barata. Com isso, a configuração da sociedade tendo o homem como provedor e a mulher como a cuidadora sofreu algum impacto.

Segundo Perrot (2005), em 1866 a participação feminina representava 30% da mão de obra empregada e no ano de 1906 alcançou 37,7% de participação. A inserção feminina neste período, de acordo com a autora, resulta da estagnação populacional, o que fez com que a mão de obra feminina fosse requisitada. No final do século XIX, em 1896, as mulheres já eram maioria na indústria têxtil, representando 51% do total de operários. De acordo com Sohn (2000), em 1906, somando todos os setores industriais às operárias totalizavam cerca de um milhão.

O alto número de mulheres empregadas como operárias nas fábricas na França e Inglaterra ocorreu devido aos baixos salários masculinos, insuficientes para garantir as necessidades básicas da família, levando a mulher a “sair” de casa para trabalhar e assim complementar a renda, a fim de garantir a subsistência familiar. Mesmo após a Primeira Guerra Mundial, o número de operárias francesas empregadas na indústria têxtil continuou a aumentar - tal fato deve-se a existência, desde o século XIX, de uma cultura do trabalho entre as mulheres francesas, consequência do predomínio das pequenas indústrias; da melhoria da qualidade de vida da família, propiciada por mais um salário; pela socialização e a independência em relação ao marido - em 1921, três anos após o término da Primeira Guerra, eram 1.220.000 e em 1926, 1.470.000 (SOHN, 2000)⁴.

Entretanto, as mulheres enfrentaram nessa época grande dificuldade para entrar no mundo dos negócios, definido como tipicamente um mundo masculino. Além dos salários reduzidos, desqualificação intelectual e assédios sexuais sofridos, a mulher ainda sofria com o patriarcado, “*a mulher era vista como uma extensão do homem na união matrimonial, não como outro indivíduo com anseios e desejos, deveria ser submissa ao marido e atuar como reserva moral da família, bem como, cuidar da educação dos filhos*”⁵.

É interessante salientar os discursos de teóricos contemporâneos à revolução industrial quanto ao trabalho e função da mulher na sociedade. Kate Millet, em *Política Sexual*, compila e compara o que se dizia à época, como por exemplo:

A analogia que ele aqui apresenta é particularmente interessante: a mulher que se casa, ou que se mantém casada por razões econômicas, está na situação de um empregado que aceita um emprego para ganhar a vida. Outros teóricos —Mill, por exemplo— reclamavam o direito de trabalho para as mulheres, de escolher uma profissão,

⁴ RODRIGUES, Paulo Jorge. *O TRABALHO FEMININO DURANTE A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL*. p. 5. UNESP. Disponível em: https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/o-trabalho-feminino_paulo-jorge-rodrigues.pdf. Acesso em: 20 de agosto de 2017. 2015.

⁵ Ibidem. p.7.

etc, mas imaginavam que muitas delas e a maior parte das casadas ficariam em casa a tratar das crianças, e continuando na sua dependência económica. Mas Engels é simultaneamente mais lógico e mais radical: só com o fim da supremacia económica masculina e o acesso das mulheres ao mundo económico, num plano de perfeita igualdade e independência total, o amor sexual poderá deixar de ser uma troca baseada em certa medida em necessidades económicas. Como se poderia esperar, as opiniões de Engels parecem mais perspicazes no aspecto económico. Mill pensara que as modificações de ordem jurídica seriam suficientes, que se as mulheres obtivessem o direito de voto e leis justas sobre a propriedade, a maioria delas continuaria na sua função tradicional. Engels estava perfeitamente consciente de que as desigualdades jurídicas não eram a causa, mas simplesmente a consequência, do regime patriarcal. A abolição de uma lei, por odiosa que fosse, não daria à mulher um estatuto igualitário, a menos que fosse acompanhado' de uma total igualdade económica e social e se lhes oferecesse todas as possibilidades de realização pessoal num trabalho produtivo⁶.

Percebe-se, portanto, que o fato do capital vir apontando modificações no seu sistema, em primeira mão isso não foi tido pela sociedade patriarcal como um fator de mudança real da condição da mulher. O homem ainda queria que ela, mesmo por trás de um véu de maiores direitos, se subordinasse à condição de inferior e que mantivesse sua função de mãe e responsável pelo lar.

Um dos problemas essenciais que se colocam a respeito da mulher é, como já vimos, a conciliação de seu papel de reprodutora com seu trabalho produtor. A razão profunda que, na origem da história, vota a mulher ao trabalho doméstico e a impede de participar da construção do mundo é sua escravização à função geradora⁷.

Simone de Beauvoir ainda aponta alguns dados sobre a evolução do trabalho da mulher e a questão da reprodução, como o controle de natalidade influencia na participação da mulher no mercado de trabalho. Dentre o que ela apresenta, segue-se:

A princípio, as classes abastadas, e depois o conjunto da população, consideram razoável restringir o número de filhos de acordo com os recursos dos pais, e os processos anticoncepcionais principiam a introduzir-se nos costumes. Em 1778 o demógrafo Moreau escreve: 'As mulheres ricas não são as únicas a encarar a propagação da espécie como uma bobagem dos velhos tempos; esses funestos segredos, desconhecidos dos animais, penetram nos campos; nas aldeias engana-se a natureza' (...) O controle de natalidade é oficialmente autorizado nos países anglo-saxões e descobrem-se numerosos métodos de dissociar essas duas funções, antes inseparáveis: sexual e reprodutora⁸.

⁶ MILLET, Kate. *Política Sexual*. p. 98. Editora original: Doubleday & Company, Inc., Nova Iorque. Publicações Dom Quixote. Tradução: Alice Sampaio, Gisela da Conceição e Manuela Torres. 1969, 1970.

⁷ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*, vol. I. Tradução Sérgio Millet. – 3. ed. – p. 171. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976.

⁸ *Ibidem*, p. 175.

Antes do nazismo (período anterior a 1936), autorizou-se o aborto na Alemanha e na União Soviética. Apesar dos preconceitos morais, assistiu-se a um período de “*fecundidade assistida pelo Estado ou pelos indivíduos*”. Houve melhora quanto aos perigos do parto, o surgimento da inseminação artificial, permitindo controlar a reprodução.

Essas modificações foram de imensa importância para as mulheres, permitindo que se diminuísse o número de períodos de gravidez e, desse modo, integrando-a de modo racional em sua vida, ao invés de se tornar escrava desta. Nesse sentido, a mulher no contexto do século XIX se liberta da natureza, se tornando senhora do seu próprio corpo. Com a junção desses fatores a evolução da condição da mulher toma forma⁹.

O movimento feminista esboçado na França por Condorcet, na Inglaterra por Mary Wollstonecraft em sua obra *Vindication of the Rights of Women*, reiniciado no princípio do século pelos saint-simonianos, não pôde atingir um resultado enquanto careceu de bases concretas. Agora, as reivindicações da mulher vão pesar realmente na balança. Elas serão ouvidas até no seio da burguesia. Em consequência do rápido desenvolvimento da civilização industrial, a propriedade imobiliária recua ante a propriedade mobiliária: o princípio da unidade do grupo familiar perde parte de sua força. A mobilidade do capital permite a seu detentor possuir e dispor de sua fortuna em vez de ser por ela possuído. Através do patrimônio é que a mulher se achava substancialmente presa ao marido; abolido o patrimônio, encontram-se eles somente justapostos e os próprios filhos não constituem o laço de solidez comparável à do interesse¹⁰.

Millet recorta temporalmente as três últimas décadas do século XIX e as duas primeiras décadas do século XX como sendo um período de ampla liberdade sexual para os dois sexos, mas em especial para as mulheres. Essa seria uma primeira fase de instauração da liberdade sexual que teria como desafio romper com a estrutura da sociedade patriarcal¹¹.

Desse modo, o que se pode observar é que diante dessa nova ordem estabelecida pela progressão do sistema capitalista, certos padrões comportamentais vieram a se transformar, ainda que forçosamente, indo de encontro com o estereótipo construído pela sociedade patriarcal.

Na sua obra *Política sexual* (1970), Millet analisa como o poder e a dominação se relacionam com a atividade sexual e expõe os aspectos ideológicos, biológicos, sociológicos, psicológicos e econômicos do que ela chamou de política sexual, isto é, essa feminista nos apresenta o patriarcado como uma instituição política. O ponto culminante dessa reflexão será o lema: o pessoal é político! Assim, o termo “política” não se limita ao mundo dos governantes, nem dos partidos, mas consiste em um conjun-

⁹ Ibidem, p. 175.

¹⁰ Ibidem, p. 175.

¹¹ MILLET, Kate. *Política Sexual*. p. 12. Editora original: Doubleday & Company, Inc., Nova Iorque. Publicações Dom Quixote. Tradução: Alice Sampaio, Gisela da Conceição e Manuela Torres. 1969, 1970.

to de relações e compromissos estruturados de acordo com o poder, em virtude dos quais um grupo de pessoas fica sob o controle de outro grupo¹².

Durante as décadas de 1960 e 1970, o mundo experimentou uma onda de revolução sexual ativada pela chegada da pílula anticoncepcional. Com isso, também tomou força o movimento feminista. As mulheres reivindicavam uma maior participação política, igualdade social e melhores condições de trabalho, ou seja, o feminismo ocupou o espaço do político.

A chegada da pílula, a maior participação da mulher no mercado de trabalho e o aumento do seu acesso à qualificação profissional geraram reivindicações das mulheres por mais direitos. Trata-se, portanto, da junção de dois fatores, a oportunidade das mulheres serem mais independentes financeiramente e de poderem determinar quando e se queriam engravidar.

No atual cenário o que se pode perceber é um aumento de mulheres que preferem retardar uma gravidez ou até mesmo que declaram não desejar ter filhos. Contudo, isso ainda é um desafio, visto que a sociedade ainda enxerga a maternidade como um papel obrigatório da mulher para que ela seja considerada completa.

O crescimento da escolha da mulher por não ter filhos ou retardar a gravidez se deve muito a ocorrência de sua inserção no mercado de trabalho e do aumento de seu nível de estudo. O que a faz projetar sua carreira como prioridade. Além do fato de que muitas realmente não manifestam desejo de gerar uma criança.

O investimento na carreira em alguns momentos gera conflito com a maternidade, colabora na decisão. Muitas vezes, o fim da idade fértil coincide, com a maturidade profissional. E aí, a medida da balança nem sempre é justa, como explica Raquel Marques, presidente da ONG Artemis, que atua na defesa dos direitos das mulheres. "É muito oneroso para a mulher a maternidade. Você tem filho aos 20, 30 anos e essa é a hora que os homens estão sendo promovidos, fazendo pós-graduação...e aí elas (as mulheres que tiveram filho) certamente foram prejudicadas em relação a colegas, homens e mulheres, que não tiveram filhos"¹³

Desse modo, o que se pode extrair dessa evolução do papel da mulher é que ao mesmo tempo que a mesma vem ganhando mais espaço no mercado de trabalho, ocorre uma modifi-

¹² MAIA, Mônica Bara. (Org.). Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto. pgs. 144 e 145. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. Disponível em: xa.yimg.com/kq/groups/18927857/743983635/name/Direito. Acesso em 20 de agosto de 2017.

¹³ CBN. *Número de mulheres que decidem não ter filhos atinge o maior índice dos últimos dez anos*. 2016. Disponível em: <http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/pais/2016/07/16/NUMERO-DE-MULHERES-QUE-DECIDEM-NAO-TER-FILHOS-ATINGE-O-MAIOR-INDICE-DOS-ULTIMOS-DEZ-AN.html>. Acesso em: 03 de outubro de 2017.

cação quanto à maternidade. A verdade é que como não temos uma cultura de divisão de cuidados com a família entre o homem e a mulher, ela fica sobrecarregada pois encara a chamada jornada dupla. “*Não seria este um dos fatores relevantes para as mulheres recorrerem a recursos radicais como a esterilização e o aborto, decidindo pela não-maternidade?*”¹⁴

1.2 O posicionamento do movimento feminista em relação à maternidade compulsória

Aqui chega o ponto que dá o pontapé da reflexão do presente trabalho. Quando se fala em planejamento familiar e qualificação profissional, o padrão comportamental esperado da mulher começa a se romper. O desejo da parcela feminina da população de se tornar mais independente e obter sucesso no trabalho começa a entrar em conflito com a estrutura familiar tradicional, onde a mulher foi posta, por muitas vezes, no papel daquela que cuida dos assuntos referentes ao lar e dos filhos, enquanto ao homem caberia trazer o sustento.

A crítica feminista considerava a experiência da maternidade como um elemento-chave para explicar a dominação de um sexo sobre outro: o lugar das mulheres na reprodução biológica – gestação, parto, amamentação e conseqüentes cuidados com as crianças – determinava a ausência das mulheres no espaço público, confinando-as ao espaço privado e à dominação masculina. Ferrand e Langevin analisam como a maternidade foi, neste período do feminismo, o eixo central de explicação das desigualdades entre os sexos¹⁵.

Nesse contexto de meados dos anos 1960 e 1970, as intervenções feministas começaram a trazer à baila “*o direito ao aborto como base necessária para garantir a igualdade entre homem e mulher. As legislações restritivas foram acusadas de ser ineficazes e de empurrar a mulher para o aborto clandestino*”¹⁶. Logo o assunto de silenciado, passou ao debate público.

A política sexual se estabelece pelo papel sexual, ditando e decretando para cada sexo um código de condutas, modos e atitudes fortemente elaborado. Basicamente, historicamente a mulher é relacionada com as funções biológicas e ao homem estaria reservado tudo aquilo que chamamos de propriamente humano, quer dizer, a cultura. Podemos dizer que o feminismo dedicou grande parte de suas ações a combater a relação histórica que se estabelece entre mulher e natureza, e a noção de gênero será fundamental nessa luta.¹⁷

¹⁴ SCAVONE, Lucila. *A maternidade e o feminismo: diálogo com as ciências sociais*. p. 145 Cadernos Pagu. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a08.pdf>

¹⁵ Ibidem, p. 139.

¹⁶ MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto – sacralidade da vida e o novo papel da mulher*. p. 25 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1997.

¹⁷ MAIA, Mônica Bara. (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. pgs. 144 e 145. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

O feminismo vem, portanto, questionar a imposição da maternidade compulsória. A ideia que o movimento traz é de que gerar uma criança deve ser uma escolha e não mais um comportamento esperado da mulher, como se existisse uma correlação entre ser mulher e ter um suposto instinto maternal.

Assim, a maternidade tem sido definida como a plenitude do feminino, sendo que uma mulher será completa no momento em que for mãe. Negar a maternidade é negar a natureza, o cuidado da vida, o amor materno, a própria feminilidade. Assim, o que as mulheres podem ou devem ser não é lido como construído socialmente em um sistema assimétrico de relações de poder, mas como consequência dos seus impulsos inatos¹⁸.

O movimento, de modo geral, - pois é preciso deixar claro que o feminismo não pode ser entendido como apenas uma corrente, há algumas vertentes dentro dele – acredita que a autonomia da mulher sobre o próprio corpo e sua liberdade sexual não podem ser somente relacionadas à reprodução.

A recusa ou aceitação da maternidade pode acontecer, ao mesmo tempo, em espaços e posições sociais diferenciadas e não estão, necessariamente, ancoradas na ideia do handicap. Apesar da crítica feminista ter partido da constatação da diferença biológica entre os sexos, considerando-a um defeito, ela acaba mostrando que a dominação de um sexo sobre o outro só pode ser explicada social e não biologicamente¹⁹.

Essa separação da sexualidade da fatalidade da reprodução autoriza, no argumento feminista, que a mulher tenha o poder para escolher viver suas relações afetivas e sexuais sem o imperativo da reprodução. Nesse sentido, se a sexualidade é vivida sem esse imperativo, o aborto não ganha uma dimensão capaz de interferir na vida das mulheres sem que elas se posicionem autonomamente em relação à decisão de ter ou não filhos. A construção de sua autonomia está justamente nesse reconhecimento – assumir psicossocialmente que é possível viver a sexualidade sem querer reproduzir²⁰.

Um ponto interessante é quando se fala da perspectiva de gênero.

Foi com a introdução do conceito de gênero nas ciências sociais “empreendida pelas feministas contemporâneas (...), para insistir sobre a inadequação das teorias existentes em explicar as desigualdades persistentes entre os homens e as mulheres” que alcançamos uma compreensão relacional da maternidade, respondendo pela construção social das diferenças entre os sexos. Não podemos compreender a maternidade

¹⁸MAGALHÃES, M.; MAYORGA, C. *Feminismo e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto?* In: MAIA, Mônica Bara. (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. p. 151. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

¹⁹SCAVONE, Lucila. *A maternidade e o feminismo: diálogo com as ciências sociais*. p. 141 Cadernos Pagu. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a08.pdf>

²⁰MAGALHÃES, M.; MAYORGA, C. *Feminismo e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto?* In: MAIA, Mônica Bara. (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. pgs. 163 e 164. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

sem abordar a paternidade, a mãe sem o pai, no sentido biológico e social do termo²¹.

Essa perspectiva de gênero nos leva à reflexão da maternidade como símbolo, do qual podemos extrair diversas possibilidades, dentre elas o poder. A estrutura organizacional da família acaba sendo resultado da dominação de um sexo sobre o outro quando olhamos histórica, cultural e politicamente²².

Para além dos motivos psicológicos, sócio-econômicos, que fazem as mulheres adiar, adiantarem, aceitarem ou recusarem a maternidade, ou ainda, dos valores ideológicos e políticos que alimentam o ideal de sua realização, sempre estará em questão seu significado social. Este significado revela que, apesar das inúmeras mudanças ocorridas na situação social das mulheres, a realização da maternidade ainda compromete consideravelmente as mulheres e revela uma face importante da lógica da razão androcêntrica. Com toda a certeza, a maternidade ainda separa as mulheres socialmente dos homens e pode até legitimar, em determinados contextos, a dominação masculina. Esta constatação, bem como os impactos das TR à saúde das mulheres, talvez sejam as contribuições mais importantes do feminismo aos estudos científicos sobre a maternidade²³.

Quando a mulher é colocada em uma posição onde ela não pode mais fazer nada a respeito do seu próprio corpo, nem pode escolher se quer dar origem a uma vida, automaticamente o mundo jurídico coloca a mulher numa situação onde há um poder acima da autonomia dela. Ao se pensar em tantas mulheres que mesmo fazendo uso de métodos contraceptivos vêm a engravidar e acabam sendo obrigadas a sustentar uma gravidez a qual não desejam ou a qual não têm condições psicológicas e financeiras, vemos que a lei no momento em que restringe o direito ao aborto seguro também limita o planejamento familiar e a qualidade de vida da mulher.

1.3 O (auto)aborto.

O aborto é, em seu conceito puro e simples, a retirada prematura de um embrião do útero da mãe, ou seja, é a morte do feto, seja ela provocada ou espontânea.

O autoaborto, objeto deste trabalho, trata-se do aborto provocado pela própria gestante. É aquele que decorre do próprio consentimento dela, como previsto no artigo 124 do Código Penal “*provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque*”.

²¹ ²¹SCAVONE, Lucila. *A maternidade e o feminismo: diálogo com as ciências sociais*. p. 142 Cadernos Pagu. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a08.pdf>

²²Ibidem, p. 143.

²³Ibidem, p. 150.

Assunto extremamente polêmico desde o seu âmago, pois, a própria definição do que venha a ser aborto já é tarefa difícil. Para uma corrente, encabeçada principalmente por médicos, aborto é todo produto da concepção eliminado com peso inferior a 500g ou idade da gestão inferior a 20 semanas. Para uma segunda corrente, encabeçada principalmente por religiosos, O aborto é a morte de uma criança no ventre de sua mãe produzida durante qualquer momento da etapa de vida que vai desde a fecundação (união do óvulo com o espermatozóide) até o momento prévio ao nascimento²⁴.

É importante destacar que nem sempre na história humana o aborto foi proibido. Em Roma, a prática do aborto era tolerada quando a natalidade estava em alta. O mesmo se aplicava quanto ao infanticídio quando os recém-nascidos tinham aparência pouco humana. Contudo, tal ato era punível caso o pai não houvesse consentido. Essa política permissiva passou a mudar depois que a população romana começou a declinar – segundo século depois de Cristo - fazendo surgir leis antiabortivas rígidas²⁵.

Foi a partir de 1950 que se tornou possível identificar anomalias fetais ainda dentro do ventre materno, através do desenvolvimento das técnicas de diagnóstico pré-natal. Mesmo assim, o nosso direito e os legisladores não acompanharam essa evolução dos diagnósticos na mesma velocidade. Deve-se lembrar que nosso código penal é datado de 1940²⁶.

1.3.1 A moralidade do aborto

Como foi dito no tópico anterior, nem sempre na história humana o aborto foi visto como algo totalmente reprovável, como um atentado à vida.

O direito romano não concedia proteção especial à vida embrionária; não encarava o nasciturus como um ser humano, e sim como parte do corpo materno. Partus antequam edatur milieris portio est vel viscerum. Na época da decadência, o aborto apresentava-se como prática normal e, quando o legislador quis incentivar os nascimentos, não ousou proibi-lo. Se a mulher recusava o filho contra a vontade do marido, este podia mandar puni-la; mas era a desobediência que constituía o delito. No conjunto da civilização oriental e greco-romana, o aborto era permitido por lei²⁷.

²⁴ GOMES, Márcia Pelissari. O aborto perante a legislação pátria. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 167. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1094>> Acesso em: 12 out. 2017.

²⁵ PIERROTTI, Maria Fernanda Moretti. *Breve Histórico do Aborto*. In: KARAGULIAN, Patrícia Partamian (org.). *Aborto e legalidade: malformação congênita*. p. 13. São Caetano do Sul, SP: Yendis Editora, 2007.

²⁶ *Ibidem*, p. 14.

²⁷ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*, vol. I. Tradução Sérgio Milliet. – 3. ed. – p. 172. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976.

Até o século XVI, a gravidez e o nascimento das crianças eram assunto reservado aos cuidados de mulheres com mais idade e mais experiência, chamadas de comadres. Desse modo, essas mulheres atuavam como parteiras, além de ajudar outras mulheres com poções contraceptivas e abortivas. A partir do século XVII, com a evolução dos instrumentos medicinais, os obstetras à época conseguiram impor certa autoridade em relação às parteiras, o que deu início à chamada medicalização da gravidez. Dessa maneira, esses médicos procuravam se distinguir dos charlatões e magos, pois eram cientistas. Sustentavam-se no discurso de saúde pública²⁸.

Se as legislações sobre o aborto até o século XIX diferiam bastante de lugar para lugar, a partir da promulgação de uma lei inglesa de 1803, as coisas começaram a mudar. Essa lei punia severamente o aborto. Nas primeiras décadas desse século descobriu-se que quaisquer intervenções cirúrgicas apresentavam graves riscos e poderiam ser fatais, desse modo se proibiu o aborto como uma forma de preservar a vida das mulheres²⁹.

Durante o período em que na Europa e na América começavam a vigorar as novas leis restritivas ao aborto, nascia também o movimento neomalthusiano. Difundiu-se então, e rapidamente, a pretensão do “controle de nascimentos”, suscitando novos e inquietantes problemas morais. Assim, a modificação normativa canônica, feita por Pio IX, deve ser vista mais como resposta a essas complexas mudanças relacionadas, contudo, com a exigência de uma maior uniformidade da normativa eclesiástica, mais do que como um marco de presumidas (e infundadas) mudanças teórico-doutrinárias acerca da animação fetal³⁰.

Até a marca dos anos 1960, as legislações existentes (exceto a sueca e a soviética) criminalizavam veementemente o aborto, sob várias justificativas, contudo, nenhuma delas considerava esse fato jurídico como um homicídio. No início dessa mesma década eclodiu um evento dramático que atingiu mulheres dos Estados Unidos e da Europa. Elas haviam ingerido um calmante denominado talidomida logo nos meses iniciais da gravidez, o que veio a acarretar anomalias nos fetos. Esse acontecimento veio trazer com força a discussão sobre o aborto em caso de malformações fetais.

Muito embora a solução pareça um tanto quanto simples, ou seja, que se ampliassem as exceções admitidas pelas leis em vigor, o que não se esperava é que a partir de então outras

²⁸ MORI, Maurizio. A moralidade do aborto – sacralidade da vida e o novo papel da mulher. pgs. 21 e 22. 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1997.

²⁹ Ibidem. pgs. 22 e 23.

³⁰ Ibidem, p. 23.

tantas mulheres trouxessem para o plano o debate sobre a descriminalização como um todo. Junto a isso, veio à quebra do argumento de que intervenções cirúrgicas levariam a um grande risco de morte da mulher, pois foi desenvolvida a técnica de realização do aborto por sucção, muito menos invasiva e muito mais segura³¹.

*“Perante esse novo pedido de “direito ao aborto”, os antiabortistas abandonaram as justificativas tradicionais da proibição para afirmar com vigor que o feto é pessoa desde a concepção e, portanto, que o aborto é ilícito como verdadeiro homicídio.”*³². Note que esse trecho cita que o aborto passou a ser considerado como verdadeiro homicídio. As legislações anteriores a esse fato não falavam do aborto nesse sentido, falavam em ser crime contra o matrimônio, contra a geração e variáveis. A perspectiva de uma nova ótica moral sobre o aborto moldou uma nova justificativa para a permanência da criminalização. No encalço dessa discussão, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que o termo “pessoa” somente teria aplicação após o nascimento, ou seja, essa palavra não incluiria o não nascido³³. Não sendo o embrião pessoa, não pode existir homicídio.

Em outra mão, na Europa a preocupação não foi definir se o feto era ou não pessoa, mas sim combater a prática do aborto clandestino. A partir da década de 1970 começaram a ser promulgadas legislações permissivas, *“hoje cerca de 70% das mulheres do mundo podem contar com o aborto clinicamente assistido, apesar de o aborto clandestino permanecer um sério problema de saúde pública”*³⁴.

O que se pode depreender disso é que quando se trata do aborto, a moralidade veio se moldando às necessidades das épocas. Enquanto era necessário haver controle de natalidade, assim como controle eugênico (para os casos dos fetos com malformação), o aborto não era visto como um atentado à vida. Contudo, com avanços medicinais e adicionado a isso, com o envolvimento maior de homens tratando de questões da maternidade, a vontade de reafirmação dos médicos – sem esquecer, claro, da influência do cristianismo – a questão do aborto passou a ser instrumento de controle sobre a mulher. Se antes era para lhe evitar a morte por conta de intervenções cirúrgicas, agora seria para evitar que ela viesse a cometer um homicí-

³¹ Ibidem. pgs. 25 e 26.

³² Ibidem pg. 26.

³³ Ibidem, pgs. 22 e 23.

³⁴ Ibidem, pgs. 22 e 23.

dio, pois a partir de então, estava se considerando que aquele embrião já é vida assim como a mãe que o carrega.

Na sociedade contemporânea existe uma associação negativa entre a ideia de defesa da vida e o grupo de pessoas que defende o direito das mulheres de decidirem interromper uma gravidez indesejada. Defesa da vida seria o completo oposto do direito da mulher à autonomia sobre o próprio corpo e sua liberdade sexual. Essa proposta de respeito pela vida humana aparece como um princípio moral dos grupos intitulados pró-vida. Já quem, em geral, se utiliza da necessidade de haver uma política legal de aborto seguro, se vale do argumento de direitos das mulheres, o qual acaba sendo dissociado dessa ideia de respeito à vida.

Quem defende a ideia da descriminalização não necessariamente está moralmente de acordo com a realização de abortos, contudo pretende evitar que a sua ilegalidade cause mais mortes maternas, pois as mulheres que não têm condições de arcar com os custos de um aborto seguro passam a recorrer a técnicas muitas vezes anti-higiênicas e perigosas à própria saúde. Existe uma grande diferença entre aceitar em termos morais a prática do aborto e prezar pela redução de mortes de mulheres em decorrência dela.

1.3.2 Posição da Igreja Católica

A Igreja Católica condena moralmente qualquer tipo de aborto provocado, até mesmo quando se trata de aborto em casos onde a gravidez oferece risco à mãe ou em casos de estupro. A instituição não admite o embrião como pessoa desde a concepção, contudo, defende o seu tratamento como pessoa³⁵.

Simone de Beauvoir descreve como o cristianismo influenciou as ideias morais em relação ao aborto. *“Dotando o embrião de uma alma; então o aborto tornou-se um crime contra o próprio feto. Toda mulher que age de maneira a não gerar todos os filhos que poderia torna-se culpada de um número igual de homicídios (...)”*³⁶.

Com o advento do cristianismo, o aborto passou a ser condenado com base no mandamento: *não matarás*. Embora esta posição se mantenha até hoje, ela não foi sem-

³⁵Ibidem, p. 30.

³⁶BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo, vol. I*. Tradução Sérgio Milliet. p. 173 – 3. ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976.

pre a mesma durante os séculos, pois interesses de ordem econômica e política interferiam nesta posição.

Também as práticas relacionadas aos recém-nascidos malformados foram desaparecendo durante o cristianismo, sendo substituídas por um sentimento de sacralidade e intangibilidade da vida humana³⁷.

Há que se destacar também que a mesma Igreja Católica que condena a prática do aborto, relativiza o princípio da vida como supremo no momento em que exalta aqueles que entregam sua vida em nome da fé. É o exemplo que dá a autora Maria José Rosado Nunes, quando cita o caso de uma garota italiana de nome Maria Goretti, quando preferiu morrer a se submeter a uma relação sexual forçadamente. Ela cita também outro caso de uma mulher grávida que não aceitou se submeter a uma cirurgia para salvar sua própria vida, pois impediria o término da gestação. A mulher foi elevada à condição de santa por João Paulo II³⁸.

1.3.3 Posição do movimento pró-vida

Opõe-se ao aborto, assim como a Igreja Católica, mas diferente dela, afirma que o embrião já é pessoa desde a sua concepção, sendo assim o aborto seria uma forma de homicídio. Em alguns casos é favorável a que se admitam algumas exceções, como são os casos de estupro e de gravidez que represente riscos à mulher. Contudo, há dentro desse movimento quem também defenda a preservação da vida mesmo em caso de estupro³⁹.

1.3.4 Posição pró legalização ou descriminalização do aborto

Admite o aborto, apontando que essa é uma escolha dura para a mulher, já sendo um ato de cunho reflexivo, não devendo a lei agravar tal situação impondo barreiras e, conseqüentemente, forçando o aborto clandestino. Defende que o aborto deve ser regulamentado, pois trata-se de uma questão de saúde pública, devendo ser levadas em conta as razões de condi-

³⁷PIERROTTI, M. F. M. *Breve Histórico do Aborto*. KARAGULIAN, Patrícia Partamian (coord). *Aborto e legalidade: malformação congênita*. p. 13 – São Caetano do Sul, SP: Yedis Editora, 2007.

³⁸NUNES, Maria José Rosado. *Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres*. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. p.29. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

³⁹MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto – sacralidade da vida e o novo papel da mulher*. p. 30. 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1997.

ções social, psicológica e econômica das mulheres que optam por tal prática, além de ser prestado acompanhamento social e psicológico⁴⁰.

1.3.5 Posição a favor da liberalização do aborto

Admite o aborto de forma a ser um problema privado da mulher, cabendo a ela resolvê-lo com o seu médico. A lei serviria tão somente para limitar e garantir que o procedimento ocorresse de forma correta⁴¹.

⁴⁰Ibidem, p. 31.

⁴¹Ibidem, p. 31.

2. A LEGISLAÇÃO E O ABORTO

Para a legislação brasileira o aborto é considerado como sendo um ilícito penal. Encontra-se tipificado no artigo 124 e seguintes do Código Penal Brasileiro (CP). A pena para quem provocar um aborto em si mesma (autoaborto) ou permitir que o provoque é de 1 a 3 anos de detenção.

A Constituição brasileira de 1988 contém em seu artigo 5º, caput, o princípio do direito à vida, o qual é muito utilizado para se justificar a manutenção da vida do feto. Contudo, é importante lembrar que nenhum princípio é absoluto, devendo ser sopesados conforme cada caso concreto, pois também existe, no mesmo artigo citado, o direito à liberdade e no artigo 1º, inciso III o direito à dignidade da pessoa humana. Este último que pode ser aplicado tanto para a defesa pró-vida, quanto para amparar os argumentos pró descriminalização.

Na seara do direito civil, apesar da questão ainda ser controvertida e existirem doutrinadores com diferentes vertentes, o Código Civil de 2002 recepcionou a teoria natalista, a qual enuncia o artigo 2º do diploma citado que “*A personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”.

Dessa forma, o Sistema jurídico do Brasil, corroborando com a ciência biológica, abraçou a teoria natalista de forma mitigada, reconhecendo ao mesmo tempo a teoria concepcionista, garantindo os direitos do nascituro, fato esse comprovado por uma série de proteção ao nascituro, debaixo das mesmas conotações destinadas aos dotados de personalidade, como por exemplo: a obrigatoriedade de nomeação de um curador (*curator ventris*), se caso o pai faleça, estando grávida a mulher, e não possuindo esta o poder familiar (art. 1.779 CC); o nascituro pode ser objeto de reconhecimento voluntário da filiação (art. 1.609, parágrafo único, CC); o nascituro pode receber doação (art. 542 CC); pode ser contemplado em testamento (art. 1.798); o nascituro tem direito à assistência pré-natal (ECA, art. 8º)⁴².

O nascituro é, por óbvio, aquele que ainda não nasceu, mas já foi concebido. Contudo, como já dito, a questão não é pacífica, tendo uma corrente liderada pela jurista Maria Helena Diniz, que diz que o embrião estaria sim abrangido pelo artigo 2º da norma. Tal teoria intitulada como teoria concepcionista, “*é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei*”⁴³.

⁴² LIMA, Valter Alves de; SILVA, José Edivaldo da. *A inviolabilidade do direito à vida ante a interrupção voluntária da gravidez*. p. 14. Cadernos de Graduação Ciências Humanas e Sociais. Facipe. Disponível em: periodicos.set.edu.br.

⁴³ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil; volume único/ Flávio Tartuce*. p. 72. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

2.1 A legislação penal brasileira

A doutrina brasileira classifica o aborto como um crime de mão própria, nos casos em que é realizado pela própria gestante – é o que se denomina de autoaborto. É considerado próprio quanto ao sujeito passivo, ou seja, quem sofrerá a ação e nesse caso, somente a mulher e o feto podem configurar nessa posição. Pode ser um crime omissivo ou comissivo – pode ter um dever de agir e não o faz ou não deveria fazer e descumpre a norma penal, respectivamente; doloso; material; de dano; instantâneo de efeitos permanentes – quando ocorre a morte do feto, consumando assim o aborto; não transeunte (crime que deixa vestígios); unissubjetivos (crime praticado por um único sujeito, contudo admite co-autoria e participação); plurissubjetivo (crime praticado por dois ou mais agentes e, por fim, de forma livre⁴⁴.

A doutrina de Rogério Greco diz que a criminalização do aborto é uma iniciativa que procura proteger a vida, seja a do feto – quando a mãe tenta realizar o autoaborto – como também a da gestante – no caso do aborto provocado sem o consentimento dela. Partindo-se dessa premissa, o que deve ser feito então é definir onde se inicia essa proteção e onde ela termina.

O termo inicial de proteção da vida pelo direito penal brasileiro é a nidação (esse processo pode levar de 4 a 15 dias para ocorrer⁴⁵), ou seja, o momento em que o óvulo está implantado dentro do útero da mãe e não somente a mera junção dos gametas, a fecundação⁴⁶. dias Rogério Greco observa que existem casos de gravidez extrauterina, a chamada gravidez ectópica, quando o óvulo se desenvolve nas trompas. Nesse caso, caso haja retirada do óvulo fecundado, não será considerado aborto, pois a norma penal criminaliza somente nas ocorrências de gravidez intrauterina⁴⁷.

Se o início da proteção jurídica da vida nos limites do que dita a legislação sobre o aborto se dá com a nidação, o fim, por lógico, se dá com o nascimento da criança. O bem juridi-

⁴⁴GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial. Volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. p. 223 – 7ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

⁴⁵MELDAU, Débora Carvalho. *Nidação*. Infoescola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/embriologia/nidacao/>.

⁴⁶Essa determinação levará à explicação de funcionamento da pílula do dia seguinte e o porquê a mesma não é considerada um método abortivo, tampouco ilegal no Brasil, vide ponto 2.2 deste capítulo.

⁴⁷GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial. Volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. p. 225 – 7ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

camente protegido é a vida humana em desenvolvimento. Daí para frente, qualquer atentado contra a vida desse ser humano será considerado infanticídio ou homicídio.

Em novembro de 2017, foi aprovado o texto do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 181, de autoria do Senador Aécio Neves, na comissão especial da Câmara. O conteúdo de tal projeto visa a alterar o inciso III do artigo 1º da Constituição de 1988, levando assim a uma interpretação extensiva dessa proteção, pois o princípio da dignidade à vida seria garantido desde a concepção.

Tal mudança no texto pode vir a acarretar em sérios prejuízos para muitas mulheres que sofrem abusos sexuais. A partir dessa mudança na norma, a interpretação poderá chegar à inconstitucionalidade da exclusão de ilicitude dos casos de abortos de fetos frutos de estupro, o que soa como uma perpetuação da violência que a mulher já sofreu, além de carregar sozinha o ônus de uma gravidez indesejada. Importante ressaltar que 19 pessoas votaram, dentre os 18 votos a favor do texto todos eram homens, o único voto contra foi de uma mulher.

2.1.1 Espécies de aborto

O aborto pode ser natural (ou espontâneo) e pode ser provocado, sendo classificado como doloso ou culposo. O primeiro acontece quando o próprio organismo expulsa o feto do ventre materno – ao direito penal, nada interessa. Já o segundo encontra-se tipificado nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Em todas as hipóteses acima apresentadas o aborto provocado será considerado doloso. O direito penal pátrio não previu consequência jurídica para a modalidade culposa. “*Se uma*

*gestante, com seu comportamento culposo, vier a dar causa à expulsão do feto, o fato será considerado como um indiferente penal*⁴⁸. Se a mãe resolver praticar uma atividade exaustiva e assim acabar forçando o próprio organismo imprudentemente, não poderá ser responsabilizada juridicamente, pois não se encaixa em nenhuma das modalidades dolosas. O mesmo se dá, por exemplo, com um agente que ao andar com pressa nas ruas do centro da cidade, esbarrar na barriga de uma gestante e acabar provocando um impacto capaz de fazê-la abortar. O sujeito responderá por lesão corporal culposa produzida com a expulsão do feto⁴⁹.

Não obstante, vale ressaltar que o objeto deste trabalho trata dos artigos 124 e 126. O crime tipificado no artigo 125 do Código Penal, por óbvio, não adentra na possibilidade discutida de vontade e autonomia da mulher sobre o próprio corpo, como a própria norma diz, nessa hipótese o fato ocorre contra a vontade da gestante.

2.1.2 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo do crime refere-se à intenção do agente. No caso do autoaborto, aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante e aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, como citado anteriormente, só podem ser praticados com o elemento subjetivo do dolo – que pode se dividir em direto ou eventual, *“isto é, ou o agente dirige finalisticamente sua conduta no sentido de causar a morte do óvulo, embrião ou feto, ou, embora não realizando um comportamento diretamente a este fim, atua não se importando com a ocorrência do resultado”*⁵⁰.

Esse elemento pode ser caracterizado como preterdoloso, ou seja, quando uma pessoa agride uma mulher sabidamente grávida, com dolo de lhe causar lesão corporal, e se ela vier a abortar em decorrência desse fato (ainda que a agressão não seja diretamente nas partes de risco ao embrião), o delito é classificado como lesão corporal qualificada pelo resultado abortivo. Quando a conduta do agente é dirigida especificamente à produção desse resultado, o elemento subjetivo do crime é caracterizado como dolo direto.

A hipótese de dolo eventual é criada quando uma pessoa agride uma mulher sabidamente grávida e mesmo sem querer o resultado abortivo, não se importa caso ela venha a ter

⁴⁸Ibidem, p. 227.

⁴⁹ Ibidem, p. 223.

⁵⁰Ibidem, p. 229.

uma interrupção gestacional. No caso de o fato jurídico aborto realmente acontecer, o agente responderá por lesão corporal produzida na gestante em concurso formal impróprio⁵¹ com delito de aborto.

2.1.3 Consumação x Tentativa

O crime de aborto se consuma com a efetiva morte do embrião, não necessariamente com a sua expulsão, pois o feto pode morrer ainda dentro do organismo materno. Segundo Greco, é fundamental a prova de que o feto ainda estava vivo no momento da ação ou omissão do agente que dirigiu a conduta no sentido de lhe causar a morte, caso contrário, estando o feto já em estado de morte, o crime será classificado como crime impossível em função da absoluta impropriedade do objeto.⁵²

A tentativa do aborto também é admitida pelo direito penal brasileiro. É o caso do agente ter iniciado a execução e por alguma circunstância alheia à sua vontade, não puder ou não conseguir dar continuidade à infração penal. Esse sujeito será responsabilizado pelo crime de aborto na modalidade tentada.

2.1.4 O processo penal do crime de aborto

O aborto é um crime que em todas as suas modalidades (autoaborto, aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante e aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante) deve se submeter ao julgamento do Tribunal do Júri por se caracterizar como um crime contra a vida.

A pena para o autoaborto é de 1 a 3 anos (artigo 124 do Código Penal). Nos casos de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, a pena já é de 3 a 10 anos. E nos casos de aborto provocado por terceiro com o consentimento da mãe, a pena é de 1 a 4 anos (artigos 125 e 126 do Código Penal).

⁵¹ Artigo. 70 do Código Penal – “Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.”. A ação ou omissão são dolosas e os crimes resultam de desígnios independentes previstos na lei.

⁵² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial. Volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. p. 231 – 7ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

Quanto ao autoaborto e ao aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, devido a pena mínima ser de 1 ano, essas infrações penais ficam sujeitas à suspensão condicional do processo⁵³, caso seja proposta. No entanto, no segundo caso, em havendo lesões de natureza grave ou mesmo a morte materna, serão aplicadas majorantes à pena (artigo 127, do Código Penal), o que faz ultrapassar o limite de 1 ano da pena mínima cominada. O que faz com que a proposta não seja possível. A ação penal para o crime de aborto é de iniciativa pública incondicionada⁵⁴, portanto, o Ministério Público é quem decide se fará a proposta da suspensão⁵⁵.

2.1.5 As exceções admitidas

A lei penal brasileira prevê três hipóteses de aborto legal, duas delas expressamente previstas no artigo 128 do Código Penal.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

O aborto necessário é aquele em que ocorre um estado de necessidade⁵⁶, sendo assim, entre a vida da gestante e a do feto – quando em uma situação de risco - a proteção jurídica escolheu a mulher. Uma discussão maior envolve a segunda possibilidade, a da chamada aborto sentimental ou humanitário, pois nesse caso não se trata de salvar a vida da gestante, ela não corre risco de morte, mas sofreu uma violência e engravidou.

É interessante e ao mesmo tempo surpreendente notar que há doutrinadores que, quanto a essa exceção legal, associam a vida do feto a algo fora dos limites de um estado laico. É o exemplo da interpretação da norma dada por Rogério Greco. Quando o autor fala que no caso da gravidez resultante de estupro, não poderíamos aplicar o estado de necessidade, pois o mesmo exige uma circunstância onde não seja razoável fazer um sacrifício – como são os

⁵³ Artigo 89 da Lei 9.099 de 1995.

⁵⁴ São ações onde o MP é quem deve atuar na denúncia do crime, independentemente da vontade da vítima de noticiar o crime.

⁵⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial. Volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. pgs. 234 e 235 – 7ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

⁵⁶ Rol elencado no artigo 24 do Código Penal.

casos de aborto em hipótese de risco de morte da mãe, mas diz que o ser que está no ventre daquela mulher que sofreu a violência é “*uma vida em crescimento no útero materno, uma vida concebida por Deus*”⁵⁷.

O aludido doutrinador justifica, portanto, que esse terreno é o da culpabilidade, onde afasta-se a reprovabilidade da conduta da gestante. Ademais, não bastando esse fundamento, Greco afirma que tão menos se trata de exercício regular de direito, pois o ordenamento jurídico quer a preservação da vida e não sua destruição. Desse modo, o que se pode perceber e é afirmado pela doutrina é que o fato continua sendo típico e ilícito, mas não é culpável⁵⁸.

A terceira exceção admitida para a permissão do aborto é a referente aos casos dos fetos anencéfalos, concebida a partir da decisão proferida pelo STF em 2012, através da proposição da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. É importante salientar que mesmo antes do julgamento dessa ação, o judiciário brasileiro já vinha concedendo alvarás judiciais para a interrupção da gravidez em casos de anomalia fetal. Desde 1991, os magistrados vêm compreendendo melhor a importância de se preservar a saúde psíquica das mulheres⁵⁹.

2.1.6 ADPF nº 54/DF

A ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é instrumento constitucional previsto no artigo 102, § 1º da Carta Magna brasileira e seu processo é regulado pela Lei 9.9882/99.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

⁵⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial. Volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. pg. 238 – 7ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ ESPELHO, Jones Willian; PLANAS, Andréa Ribeiro. *Da mudança da Legislação*. p. 95 in KARAGULIAN, Patrícia Partamian (coord). *Aborto e legalidade: malformação congênita*. – São Caetano do Sul, SP: Yedis Editora, 2007.

A ADPF n° 54 ficou muito conhecida no Brasil como a ADPF dos fetos anencéfalos. Tal ação teve seu julgamento proferido em abril de 2012, constando a procedência do pedido, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade⁶⁰ da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, no que tange ao impedimento da antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo. O Ministro Marco Aurélio foi seu relator. O agora Ministro Luís Roberto Barroso, à época atuara como advogado da requerente, qual seja, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012⁶¹.

A anencefalia trata-se de uma grave malformação congênita, ocasionada no período embrionário ou fetal. O feto atingido por tal condição, não consegue sobreviver muito tempo fora do útero. “*O que torna um anencéfalo um ser sem perspectiva de vida é justamente a ausência de hemisférios cerebrais, o que acarreta ausência completa das funções básicas dos seres humanos*”⁶².

Como dito acima, a ação foi julgada procedente por maioria dos votos, tendo a oposição do Ministro Ricardo Lewandowski sob o argumento de que a Requerente tinha pretensão de fazer a Corte atuar como legislador, criando nova espécie de exclusão de ilicitude do tipo penal aborto, pois, segundo o renomado ministro, a lei só permite duas causas de exclusão de ilicitude, como segue o trecho do voto abaixo.

O legislador infraconstitucional, todavia, isentou de pena, em caráter excepcional, o aborto, desde que praticado por médico, em duas únicas hipóteses, taxativamente definidas: no chamado “aborto necessário” e no denominado “aborto sentimental”, ca-

⁶⁰Na verdade, não se pode declarar inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição de 1988, pois o Código Penal foi recepcionado pela mesma. O mais adequado seria uma derrogação, contudo foi dada preferência à utilização dos termos tais quais usados na referida ação.

⁶¹Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

⁶²PIERROTTI, Maria Fernanda Moretti; SILVA, Kátia Costa da; *Algumas Patologias Incompatíveis com a Vida*. In: KARAGULIAN, Patrícia Partamian. *Aborto e Legalidade: malformação congênita*. . p. 38. São Caetano do Sul, SP: Yendis Editora, 2007.

racterizados, respectivamente, nos incs. I e II do art. 128 do Codex repressivo. O primeiro, também conhecido como “terapêutico”, materializa-se quando “não há outro meio de salvar a vida da gestante”. Já o segundo, evidencia-se quando a gravidez resultar de estupro praticado com violência, real ou presumida. (...)

VI – DA PARTE DISPOSITIVA Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido (LEWANDOWSKI, pgs. 240, 251 e 252, 2012).

Contudo, chama a atenção o voto de outro Ministro, no caso, Carlos Ayres Britto, que chama a atenção para a falta de definição precisa de quando começa a vida humana, tanto por previsão constitucional, quanto no nosso Código Penal. O que leva não só a uma reflexão para o caso em tela, mas também para outras situações nas quais o aborto poderia vir a ser descriminalizado, conforme trecho de seu voto:

Aqui interrompo só para lembrar o seguinte: à luz da Constituição – a Ministra Cármen Lúcia ontem teceu considerações próximas das que vou dizer – não há definição do início de vida, assim, também, à luz do Código Penal. Eu até me permito dizer que é meio estranho criminalizar o aborto, a interrupção de uma gravidez humana, sem a definição de quando começa, de quando se inicia essa vida humana. Parece que o próprio Código Penal padece de um *deficit* de logicidade, de uma insuficiência conceitual: não define quando se inicia a vida humana. A Constituição também não.

Não há vida humana que não se inicie por essa fecundação, pela irrupção do zigoto como resultado da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Mas não é possível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária. O zigoto ainda não é uma vida humana embrionária, é apenas um embrião de vida humana, pois somente se torna vida humana embrionária depois de passar por uma metamorfose, e essa metamorfose constitutiva da vida humana não se dá fora do útero, porque o embrião, cientificamente, não é autoconstitutivo. A constitutividade vital do embrião está nessa entidade mágica chamada útero. É nesse ponto que a mulher se assemelha, para quem acredita em Deus, ao próprio Deus, porque somente ela pode gerar dentro de si uma criatura verdadeiramente humana. Ela, enquanto criadora, e o produto da concepção, depois de uma certa metamorfose, como criatura igualmente humana (BRITTO, pgs. 258 e 259, 2012).

Em se tratando especificamente do caso do feto anencéfalo, o Ministro também chama a atenção para a questão da viabilidade da vida. Ele utiliza o termo “natimorto cerebral”, sendo assim, não poderia haver crime quando o objeto deste fosse impossível.

Bem, a segunda inteligência do mesmo conjunto normativo penal é mais discursivamente sutil. Foi a perfilhada pelo Ministro Marco Aurélio, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, pela Ministra Rosa Weber, pelo Ministro Joaquim Barbosa e pela Ministra Cármen Lúcia: inexistente o crime de aborto naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um “natimorto

cerebral”. Um ser padecente de inviabilidade vital. Expressões, aliás, figurantes da Resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina. Expressões ali empregadas no plural para os casos de anencefalia fetal. Quero dizer: o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação desse organismo, que ali se desenvolve, numa pessoa humana em sentido biográfico. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio do caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que, de alguma forma, parou a meio caminho do ciclo, do próprio ciclo do humano; ou seja, não há uma vida a caminho de uma outra vida estalando de nova. O que existe é um organismo incontornavelmente empacado ou sem nenhuma possibilidade de sobrevida por lhe faltar as características todas da espécie humana. Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estado de borboleta porque não alçará voo jamais. (BRITTO, p. 259, 2012).

A exclusão da ilicitude no caso dos fetos anencéfalos significou mais uma conquista de tantas mulheres que sofrem por uma gestação onde têm certeza de qual será o fim. Ainda assim, é importante ressaltar que a abertura a essa exceção não obriga nenhuma mulher grávida nessas condições a automaticamente abortar, é apenas uma opção dada para que ela não venha a sofrer ainda mais com a continuidade dessa gravidez.

2.2 A pílula do dia seguinte

A pílula do dia seguinte, como é genericamente conhecida, consiste em um medicamento utilizado para prevenir a gravidez. Essa pílula foi desenvolvida para que a fecundação seja evitada ou até mesmo para que se dificulte a fixação do óvulo no útero, a nidação. A eficácia do medicamento se encontra aproximadamente nas primeiras 72h de ingestão⁶³.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a pílula do dia seguinte não é considerada um abortivo e sim contraceptivo, pois é considerado método abortivo aquele que age após a nidação, como citado no tópico anterior.

A teoria da nidação tem maior relevância no nosso direito, pois, antes dela ocorrer e com a fecundação não existe certeza do prosseguimento da gravidez, pois as gestantes são mais suscetíveis à perda do produto e expulsão natural deste sem ser percebido ou mesmo detectada a gravidez. Esta só será detectada e reconhecida com a nidação quando o organismo materno se prepara para a manutenção e desenvolvimento do embrião⁶⁴.

Dessa forma, assim se explica a legalidade da venda desse tipo de pílula em farmácias brasileiras. É importante salientar que esse fármaco não só tem utilidade para cobrir falhas de

⁶³GABRIELLA, Lucianna. O aborto e a pílula do dia seguinte. Web Artigos. 2010. Disponível em: <http://webartigos.com/artigos/o-aborto-e-a-pilula-do-dia-seguinte/33515>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

⁶⁴Ibidem.

algum outro meio contraceptivo, mas também para se evitar a gravidez em mulheres que tenham sido vítimas de estupro.

2.3 Dignidade humana, inviolabilidade do direito à vida e autonomia sobre o próprio corpo

Um dos maiores conflitos presente na discussão da descriminalização do aborto se dá entre dois princípios fundamentais presentes na Constituição de 1988. O princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da inviolabilidade do direito à vida.

Em geral, quem defende que a legislação se adeque, assim como aqueles que concordam que a interrupção da gravidez seja autorizada nos casos de fetos portadores de anomalias incompatíveis com a vida extrauterina, se utilizam de artigos da própria constituição para fundamentar seus argumentos⁶⁵.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
II - prevalência dos direitos humanos;

O artigo 226, § 7º da Constituição brasileira pode levar a uma interpretação também favorável a quem advoga a favor da descriminalização do aborto, pois cita claramente em “*o planejamento familiar é livre decisão do casal*”, ou seja, tal dispositivo pode funcionar como instrumento para uma argumentação onde o aborto pode ser um meio de oportunizar o planejamento familiar e melhor qualidade de vida, seja para a mulher, o casal e/ou filhos que já tenham sido concebidos. Não é preciso dizer o quanto uma criança exige reorganização da vida de quem está em volta e recursos financeiros. Contudo, o mesmo artigo logo em seguida dispõe que compete ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁶⁵ ESPELHO, Jones Willian; KARAGULIAN, Patrícia Partamian; PLANAS, Andréa Ribeiro. *Legislação Acerta do Tema*. In: KARAGULIAN, Patrícia Partamian. *Aborto e Legalidade: malformação congênita*. . p. 53. São Caetano do Sul, SP: Yendis Editora, 2007.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Defender a dignidade humana também é de certa forma acautelar a saúde pública. A questão do aborto envolve principalmente esse ponto. As mulheres que se submetem a procedimentos de risco, com falta de higiene, sem qualquer assistência médica e mesmo psicológica correm grave risco de morte. É por isso também que quem pondera por esse princípio inicialmente citado também se baseia no artigo 126 da CRFB/88.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por outro lado, quem defende a manutenção da legislação atual ou até mesmo uma maior dificuldade em relação ao que já se permite⁶⁶ se utiliza do artigo 5º, cláusula pétrea, onde estão expressos os direitos e garantias fundamentais que não se sujeitam à alteração por emenda.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

É bem verdade que entre os princípios constitucionais não há hierarquia, desse modo, o jogo argumentativo entre os dois lados desse dilema ganha sempre o respaldo da defesa de um direito fundamental e garantia constitucional. Contudo, mesmo não havendo hierarquia, há sim como se decidir qual princípio aplicável a cada caso concreto para se chegar a melhor solução cabível. O método utilizado para tanto é o método da ponderação, ensinado didaticamente por um dos atuais Ministros do STF e também professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso.

⁶⁶ É o caso do Projeto de Lei 1465/2013, de autoria da Deputada Celina Leão, o qual propõe que vítimas de estupro ao serem auxiliadas no processo para interrupção da gravidez, vejam fotos dos fetos mês a mês. O projeto tem uma falsa ideia de auxílio psicológico e social das mulheres que sofrem esse tipo de violência, tornando ainda mais sofrível a decisão pela interrupção da gravidez indesejada, fazendo até mesmo a mulher se sentir culpada pelo o que sofreu e pelo o que estaria causando a uma vida em potencial. A situação atual do projeto consta como vetado. Essa informação pode ser conferida através do endereço eletrônico que se segue: <http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao-1!1465!2013!visualizar.action>.

Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entre em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. (...)

(...) Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos⁶⁷.

Quando se fala do dilema entre o direito à vida e a dignidade humana pode-se usar como ilustração para tal a relativização desses princípios relacionados à situação do aborto legal em casos de estupro. É direito da mulher no Brasil recorrer à interrupção da gravidez ao sofrer esse tipo de violência. Nesse caso, a vida do feto tem menos valor do que a vida do feto fruto de uma relação consentida? Quando se depara o argumento de quem é contra a descriminalização do aborto, pois afirma que aquela vida é inocente, por que a vida ainda que originária de um estupro poderia sofrer essa exceção? Vale à pena observar um trecho do livro “Domínio da Vida” de Ronald Dworkin.

A questão gira em torno da resposta que se dá a uma pergunta polarizadora: será o feto uma criança indefesa ainda não nascida, com direitos e interesses próprios a partir do momento da concepção? Se a resposta for positiva, permitir o aborto equivale a permitir um assassinato, e abortar é pior do que abandonar à morte um bebê indesejável. Se for negativa, os que se dizem “pró-vida” podem ser vistos a partir de duas perspectivas distintas: ou estão incorrendo em um erro terrível ou são sádicos, puritanos fanáticos, ávidos não por salvar vidas, mas por castigar as mulheres por aquilo que consideram um pecado sexual.

Pessoas que têm respeito próprio e dão respostas contrárias à questão de se o feto é uma pessoa, não podem fazer concessões nem concordar em conviver com outros aos quais permitam tomar suas próprias decisões, do mesmo modo que as pessoas que não toleram a escravidão, o *apartheid* ou o estupro não podem fazer tal concessão. Para alguém que acredita que o aborto viola os interesses mais básicos e os direitos mais preciosos de uma pessoa, um chamado à tolerância ou à transigências equivale a um pedido a que os outros tomem suas próprias decisões com respeito ao estupro, ou a um apelo a que se institua uma cidadania de segunda classe, e não a escravidão ou igualdade plenas, como uma solução conciliatória equitativa do problema racial.

Enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que o feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cére-

⁶⁷BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. p. 361 – 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

bro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango⁶⁸.

Dworkin também pondera sobre essa questão dos conservadores. Quem, em geral, defende que o Estado proíba o aborto, acaba por admitir exceções. Nesses casos, temos o aborto em caso de risco de morte da mãe e, como já citado, os casos de estupro. O que acaba em evidência é o que seria moralmente aceitável em relação à situação e não exatamente a relevância do direito à vida que o feto supostamente teria em absoluto.

Seria contraditório insistir em que o feto tem um direito à vida que seja forte o bastante para justificar a proibição ao aborto mesmo quando o nascimento possa arruinar a vida da mãe ou da família, mas que deixa de existir quando a gravidez é resultado de um crime sexual do qual o feto é, sem dúvida, totalmente inocente⁶⁹.

Nesse ponto adentra-se a relação da autonomia da mulher sobre o próprio corpo e o direito à vida (no caso, a do feto). Essa questão envolve o fato da mulher poder e querer dispor do seu corpo da maneira que lhe convém. Uma gravidez indesejada não diz respeito somente a gerar uma vida a qual não se quer ter uma relação maternal, mas também a todo um processo de modificação biológica do corpo da mulher. É preciso entender que nem todas as mulheres se sentem confortáveis ou desejam ter que emprestar seus corpos para que outra vida seja formada.

Junto aos debates acerca do aborto, surge um confronto entre o direito à vida e o direito à liberdade feminina, de dispor a mulher como lhe convém, do seu próprio corpo, ambos direitos fundamentais. Diante do embate de um aparente conflito de normas, cumpre à Jurisdição na chancela dos direitos fundamentais, fazer uma ponderação de interesses, decidindo de acordo com a ordem jurídica e conforme os princípios constitucionais existentes⁷⁰.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais*. p. 11. 2ª ed. – Editora Martins Fontes, 2009.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 44.

⁷⁰ LIMA, Valter Alves de; SILVA, José Edivaldo da. *A inviolabilidade do direito à vida ante a interrupção voluntária da gravidez*. p. 12. Cadernos de Graduação Ciências Humanas e Sociais. Facipe. Disponível em: periodicos.set.edu.br.

2.4 HC 124306/RJ

O *Habeas Corpus* 1234306/RJ, com decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2016 e transitado em julgado em março de 2017. Trata-se de pedido de afastamento de prisão preventiva de acusados de provocar aborto em gestante com o consentimento desta e de formação de quadrilha. O pedido foi julgado procedente e a ação encontra-se com trânsito em julgado.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTONO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 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 corréus⁷¹.

⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 134.306/RJ – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Ementa disponibilizada em 29 de novembro de 2016.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente e Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que a concedia. 1ª Turma, 29.11.2016⁷².

O instrumento habeas corpus não era cabível na situação engendrada, contudo, foi dada a concessão da ordem de ofício com base em dois fundamentos. O primeiro foi a ausência dos requisitos para que seja decretada a prisão preventiva, ou seja, o risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal⁷³. O segundo fundamento foi a possibilidade pensada pelo STF de interpretação das normas dos artigos 124 a 126 do Código Penal, em relação a violações de direitos fundamentais da mulher durante o primeiro trimestre de gravidez. O tribunal enumerou que a criminalização do aborto é incompatível com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher; sua autonomia; integridade física e psíquica e igualdade em relação aos homens, já que quem sofre com os efeitos da gravidez é ela, sendo assim, deve-se respeitar a vontade da mulher para que se preserve a equidade de gênero⁷⁴.

O Ministro Luís Roberto Barroso – que na ADPF dos fetos anencéfalos atuou como advogado da Requerente -, nessa condição, fundamentou seu voto com base na violação dos direitos fundamentais da mulher e do princípio da proporcionalidade. Em relação a esse primeiro alicerce citado, Barroso descreve que após a Segunda Guerra Mundial os direitos fundamentais passaram a ser tratados como “*emanação da dignidade humana*”. Desse modo, as pessoas não devem mais ser tratadas como um meio para satisfazer interesses alheios, mas sim como um fim em si mesmas, sendo a dignidade significado de que cada indivíduo tem um valor intrínseco e autonomia.

O magistrado acrescenta que os direitos fundamentais servem como limitadores do legislador e são oponíveis às maiorias políticas. Além disso, esses direitos podem entrar em colisão não só entre si, mas também entre princípios constitucionais.

Em se tratando da violação à autonomia da mulher, o ministro diz que a autonomia é o núcleo da liberdade sexual, autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e decidir o que

⁷²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 134.306/RJ* – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão disponibilizada em 29 de novembro de 2016.

⁷³Art. 312 do Código de Processo Penal (CPP). A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁷⁴BRASIL, STF. *HC 124306/RJ, inteiro teor*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>.

fazer com ele, ainda que a decisão seja a de dar continuidade a uma gravidez ou não. Barroso então questiona como pode o Estado querer controlar isso e determinar que uma mulher não interrompa uma gravidez nas primeiras semanas de gestação. O Estado trata, portanto, de um útero que devesse um serviço à sociedade e não de uma pessoa autônoma, com plenas capacidades. Além disso, essa violação ocorre no âmbito da integridade física e psíquica da mulher (artigo 5º, caput e III da CRFB/88). A integridade física está relacionada às alterações no corpo materno, o que, por um lado, pode ser uma bênção em se tratando de uma gravidez desejada, e por outro, pode transformar-se em um transtorno quando não desejada. *“Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher”*⁷⁵.

A criminalização também viola os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, incluindo o desejo de ter ou não filhos, a quantidade e quando, sem que haja coerção ou violência. O magistrado cita que o tratamento penal dado ao tema do aborto neste país, atinge a capacidade de autodeterminação reprodutiva feminina, obrigando a mulher a levar à frente uma gravidez indesejada.

Essa mesma criminalização viola a igualdade de gênero. Como é a mulher que engravida, a ela cabe o fardo da maternidade. É sobre ela que recai o ônus de uma gravidez indesejada, o que institucionaliza ainda mais as discriminações e estereotipa a identidade feminina. *“Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não”*⁷⁶.

Outro aspecto importante é o da discriminação social. Barroso aponta que as mulheres pobres que não têm acesso a clínicas particulares, tanto menos podem se valer do sistema público de saúde, recorrem às clínicas clandestinas, sem qualquer infraestrutura, sem preparo médico, com serviços precários e que proporcionam elevados riscos de lesões e até óbitos.

No que importa à violação do princípio da proporcionalidade, o jurista explica o processo de criação de uma norma, sob os limites constitucionais, devendo fazê-lo tomando por base

⁷⁵ Ibidem, pgs. 17 e 18.

⁷⁶ Ibidem, p. 20.

dois vetores, quais sejam: o respeito aos direitos fundamentais do acusado e os deveres de proteção para com a sociedade.

Luís Roberto Barroso chama a atenção para a data do Código Penal brasileiro, 1940. O diploma veio sendo atualizado ao longo dos anos, contudo, as normas 124 a 126 seguem sendo mantidas intactas. O ministro cita prova dessa defasagem com o exemplo da ADPF nº 54, já comentada no presente trabalho. Um caso (anencefalia) que já poderia ter sido incluído nas excludentes de ilicitude, antes mesmo de ser preciso uma análise do tribunal. O mesmo deveria ser feito com o aborto nos três primeiros meses de gravidez.

Tratando-se do subprincípio da adequação, Barroso explica que é necessária uma análise de em que medida a criminalização do aborto protege a vida do feto. São trazidos para a fundamentação do voto os números em relação ao procedimento, demonstrando que a criminalização não produz impacto relevante sobre a taxa de realização do aborto. O que a proibição afeta, na realidade, é o número de abortos seguros, ocasionando um claro e sabido problema de saúde pública.

Desse modo, a criminalização do aborto é ineficaz, pois não protege a vida do feto. A mulher que decide por realizá-lo o fará com ou sem proibição. O ministro diz que a restrição penal é uma forma de reprovação simbólica da conduta. O Estado, segundo ele, não deve tomar partido, não deve escolher qual conduta moral apoiar, mas sim estar ao lado tanto da mulher que deseja ter um filho, quanto daquela que não o deseja, não pode haver escolha.

O jurista também analisou o subprincípio da necessidade, assim, é preciso descobrir qual é o meio alternativo à criminalização e que proporcione igual proteção do direito à vida do nascituro. Barroso volta à questão da interrupção da gravidez no primeiro trimestre, onde em vários países do mundo que já aboliram a criminalização nesses moldes, oferecem acompanhamento psicológico e social a essa mulher. A alternativa encontrada por ele é a da atuação do Estado certamente nos motivos que fazem as mulheres tomarem essa decisão, seja por razões econômicas, sendo impossível custear a criação dos filhos e/ou as mudanças causadas na vida da mãe, como a diminuição das perspectivas na carreira. Além disso, uma parte dessas gestações não desejadas está relacionada à falta de informação sobre o uso dos métodos anticoncepcionais, o que também pode ser combatido através da educação.

Por fim, o ministro trata do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Seria preciso sopesar se as violações aos direitos fundamentais das mulheres conseguem compensar a proteção da vida do feto. Além disso, Barroso recapitula que a criminalização do aborto gera para as mulheres grave problema de saúde pública, decorrente da sua submissão a procedimentos inseguros e que essa mesma restrição não leva a uma diminuição dos fetos abortados, ou seja, a proteção da vida é falha. O magistrado ilustra que o grau de proteção à vida aumenta, na verdade, conforme o estágio de desenvolvimento do nascituro na gestação. A proteção constitucional então é progressiva e ganha maior peso concreto. Sendo assim, torna-se óbvia a ilegitimidade constitucional da criminalização, nessas condições. São citados os casos dos EUA e do Canadá, os quais num a Suprema Corte declarou que o direito fundamental da mulher realizar o aborto não é superado pelo direito à vida pré-natal, enquanto o outro a Corte declarou a inconstitucionalidade com base na violação da proporcionalidade.

Luís Roberto Barroso também observa que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo permaneceu criminalizando o aborto no decorrer da fase inicial da gestação. No caso brasileiro, não seria possível reconhecer a inconstitucionalidade dessas normas, pois por tratar-se de um Código de 1940, não pode haver tal declaração no âmbito de lei anterior à Constituição, mas sim uma revogação parcial ou uma derrogação.

Outro voto importante nesse acórdão proferido pelo Supremo foi o da Ministra Rosa Weber, seguindo os moldes do Ministro Luís Roberto Barroso, a magistrada pôs em cheque a discussão sobre o cabimento ao Estado de criminalizar a mulher pela prática do aborto no primeiro trimestre gestacional. Ela reforça a argumentação com a questão do dilema entre os dois direitos fundamentais em voga, a liberdade sexual e autonomia reprodutiva da mulher e o direito à vida do nascituro.

Rosa Weber ilustra seu voto apontando o direito comparado como uma forma subsídio jurídico. Apesar de ela mesma reconhecer que as decisões tomadas por outras jurisdições não vinculam às nacionais, a ministra também ressalta que se deve levar em consideração a posição já tomada pela Corte Internacional de Direitos Humanos, levando-se em consideração a interpretação dada ao alcance dos direitos à integridade pessoal, liberdade pessoal e a vida privada e reprodutiva da mulher⁷⁷.

⁷⁷BRASIL, STF. *HC 124306/RJ, inteiro teor.* p. 36. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>.

A magistrada começa sua comparação descrevendo o caso citado por Barroso da Suprema Corte Americana, o *Roe versus Wade*, de 1973. Além disso, cita o caso recente *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, de 2016, declarando a inconstitucionalidade da legislação do estado texano que permitia restringir o direito da mulher ao aborto no primeiro trimestre da gravidez, com base em regulamentações burocráticas sanitárias.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2012, teve oportunidade de enfrentar essa questão. Inicialmente, o caso analisado pela Corte não adentrava nesse tema, a abordagem se tratava de fertilização *in vitro*. A Sala Constitucional da Costa Rica havia declarado inconstitucional um decreto que regulamentava a reprodução *in vitro* no país. O que veio a obstaculizar o processo feito pelas mulheres, interrompendo-os e, conseqüentemente, fazendo serem transferidos para outros países que permitiam.

Nesse contexto, a Corte Interamericana adentrou na temática do aborto por entender que o Estado da Costa Rica era responsável por ter vulnerado o direito à vida privada e familiar e à integridade pessoal, a saúde, o direito de usufruir da evolução tecnológica e científica, atingindo assim o artigo 4.1 da Convenção Americana, referente ao direito à vida.

Em outras palavras, a Corte Interamericana no processo decisório levado a cabo, enfrentou as seguintes premissas argumentativas: a) interpretação do artigo 11 da Convenção Americana que requer a proteção estatal dos indivíduos em face das ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar; b) interpretação ampla do artigo 7 da Convenção, ao consignar que neste se inclui o conceito de liberdade no sentido extenso, como a capacidade de fazer e não fazer do que é licitamente permitido, ou seja, do direito de todo ser humano autodeterminar-se e fazer suas escolhas de vida; c) definição do direito à vida privada a partir de sua relação com: a autonomia reprodutiva e o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, o qual envolve o direito de acesso à tecnologia, médica necessária para o exercício adequado deste direito; d) definição do alcance do artigo 4.1, em atenção aos conceitos “pessoa”, “ser humano”, “concepção” e “geral”, a partir de uma interpretação sistemática e histórica, evolutiva e de acordo com o objeto e finalidade do Tratado internacional. (WEBER, pgs. 40 e 41, 2016).

Desse modo, a Corte interpretou que a proteção à vida humana é gradual e não absoluta, aumenta conforme o seu desenvolvimento. Não constituindo dever absoluto, cabem exceções à regra. Esse entendimento se dá tal qual ao do Ministro Luís Roberto Barroso. Igualmente também ao entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, devendo haver proporcionalidade entre a proteção à vida intrauterina e os direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva.

Weber trouxe para o seu voto dados estatísticos que, em resumo, apontam que em 1995, 78% dos abortos foram realizados em países em desenvolvimento. Em 2008 esse percentual foi elevado para 86%. O que implicou na conclusão do estudo de que a taxa do aborto foi menor em países que já possuem regulamentação jurídica, tendo descriminalizado o mesmo para os três primeiros meses gestacionais.

Adicionado a isso, a Ministra acrescenta que a criminalização do aborto acaba sendo um empecilho para as estatísticas, pois sem uma regulamentação há ausência de dados oficiais, influenciando totalmente sobre o debate e sobre as políticas públicas, que são formuladas distantes da realidade.

Em sua conclusão, a magistrada deixou registrado que a questão tratada é se a escolha legislativa, com base no fundamento da proporcionalidade, deve se limitar à interrupção da gravidez nas hipóteses elencadas pela letra literal da lei penal. Seguindo o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, a Ministra Rosa Weber decidiu pela concessão de ordem do *habeas corpus*.

2.5 Direito comparado: os casos de Portugal e Uruguai.

O aborto legal já é regulamentado em grande parte dos países do mundo, porém para a análise desse tópico em específico, foram escolhidos como objeto dois países, Portugal e Uruguai.

Portugal, pois apesar de ser um país central, também denominado desenvolvido, é um país muito católico, mas que conseguiu lidar com a questão da descriminalização do aborto. Uruguai, pois é um país com condições econômicas e sociais similares ao Brasil, também localizado na América Latina e denominado como periférico, contudo se mostrou estar à frente em relação a essa problemática jurídica.

Em 2007, Portugal realizou um segundo referendo (o primeiro foi em 1998) acerca da despenalização da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras dez semanas, por opção da mulher. O resultado das urnas foi diferente do primeiro referendo, tendo 59% dos votantes aderido ao “sim”. O efeito disso foi a aprovação do Parlamento em abril do mesmo ano, atra-

vés da Lei 16/2007⁷⁸, e desde então as mulheres têm acesso ao aborto seguro, inclusive na rede pública⁷⁹. A lei estabelece um período de reflexão de três dias, garante disponibilidade de acompanhamento psicológico e de serviço social. O prazo para a mulher poder abortar ao abrigo da lei é de dez semanas.

Na Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, chamada *Análise Social*, o artigo de Rosa Monteiro salienta que a questão do aborto foi a que mais mobilizou movimentos de mulheres por mais de trinta anos em Portugal. E ainda foi uma das questões que mais conheceu episódios de lutas radicais e mediáticos. O movimento de mulheres portuguesas recebeu apoio, ainda que tímido, de partidos de esquerda. O traço conservador dos partidos e a influência da Igreja Católica sempre conduzia as iniciativas acerca da temática do aborto para um caminho de proteção da maternidade e da educação sexual e planeamento familiar. Em 2007, quando houve uma virada governativa à esquerda é que se abriu oportunidade de uma mudança efetiva na legislação⁸⁰.

O artigo de Rosa Monteiro estima que nos anos subsequentes à legalização o número de abortos cresceu, mas começou a cair a partir de 2013⁸¹. A reportagem ainda menciona que de 2008 a 2012, uma mulher morreu em decorrência de complicações relacionadas ao aborto e que de 2012 até hoje, não houve nenhum registro.

O jornal eletrônico português intitulado *Público*, publicou uma matéria em setembro deste ano divulgando que Portugal é o país Europeu com a menor taxa de aborto. A lei haveria sido bem sucedida, segundo o diretor geral de saúde de Portugal, Francisco George. O diretor afirma ter havido protestos logo que promulgada a lei, mas que hoje em dia já não se fala mais no assunto, pois não há quem se convença que se a lei não existisse, os abortos também deixariam de existir⁸².

⁷⁸ Disponível em: http://www.apf.pt/sites/default/files/media/2015/lei_16_2007.pdf.

⁷⁹ DIAS, Tatiana. O que aconteceu após 10 anos de aborto legalizado em Portugal. 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/02/13/O-que-aconteceu-ap%C3%B3s-10-anos-de-aborto-legalizado-em-Portugal>.

⁸⁰ MONTEIRO, Rosa. *A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos*. In: *Análise Social*, 204, XLVII (3^a.º), 2012. Disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_204_d01.pdf.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² COTRIM, António. *Portugal é país europeu com menos abortos, lei foi “um sucesso”, diz Francisco George*. *Público*. Portugal. 2017. Disponível em: <https://www.publico.pt/2017/09/14/sociedade/noticia/portugal-e-pais-europeu-com-menos-abortos-lei-foi-um-sucesso-diz-francisco-george-1785386>.

Segundo o Relatório dos Registros de Interrupções da Gravidez português, cerca de 63,1% dos motivos de interrupções de gravidez acontecem na faixa etária de mulheres compreendidas entre 20 e 34 anos. Os dados apontam também que as mulheres que mais recorrem ao procedimento são as que estão desempregadas. Quanto à redução no número de abortos por opção da mulher, pode ser verificada a informação nesse relatório, além disso, o documento também confirma que comparativamente a outros países europeus, Portugal está abaixo da média da taxa de abortos realizados⁸³.

No Uruguai, a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação aconteceu em 2012. A ocorrência desse fato gerou grande surpresa em seus vizinhos. O país é apenas o quarto da América Latina a autorizar o aborto legal⁸⁴. As mulheres uruguaias podem recorrer a esse mecanismo até a 12ª semana de gravidez, até a 14ª se for caso de estupro e em casos de malformação ou risco para saúde da mãe, o prazo é extinto⁸⁵.

De acordo com Madalena Martínez, do El País, a descriminalização do aborto no Uruguai é fruto de uma longa jornada de luta contra a mortalidade materna no país. Em 2001 houve um alarmante número de mortes causadas pelo aborto inseguro, o que fez com que a Associação de Obstetras do Uruguai tomasse partido criando um regulamento médico exclusivo, mesmo correndo riscos⁸⁶.

Dessa forma, esses médicos com orientação jurídica, começaram a explicar as mulheres como abortar de forma segura. Um medicamento se tornou o ponto-chave do regulamento, o chamado misoprostol, que é usado de forma clandestina na América Latina para provocar aborto. O misoprostol foi proibido de ser receitado, o que acabou gerando um mercado negro para a venda do fármaco.

Em 2008, pela primeira vez o Uruguai não registrou nenhuma morte materna por consequência de aborto. O resultado se repetiu pelos anos seguintes, enquanto isso as clínicas de aborto clandestino fechavam as portas. Durante quatro anos a realização do aborto na prática

⁸³ PORTUGAL. *Direção geral da saúde (Portugal). direção de serviços de saúde e promoção da doença. Relatório dos Registros das Interrupções da Gravidez*. Dados de 2014-junho 2015.

⁸⁴Os outros países são a Guiana, Porto Rico e Cuba.

⁸⁵MARTÍNEZ, Madalena. *Aborto no Uruguai, a exceção latino-americana*. El País. Montevideu. 7 de março de 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/07/sociedad/1394208119_165255.html.

⁸⁶Ibidem.

foi avançando, muito embora o debate político viesse tentando impedir a discussão do problema.

Após a aprovação da lei pelo Parlamento em 2012, setores antiabortistas tentaram boicotar a decisão, através da organização de um referendo para se anular o ocorrido, contudo o ato foi malsucedido, pois apenas 8,9% dos eleitores uruguaios apoiaram a consulta.

É interessante observar que, de acordo com Martínez, as feministas uruguaias, após o primeiro ano do aniversário da lei fizeram uma crítica ao seu pano de fundo. A lei havia sido aprovada com base em uma necessidade sanitária, mas não se havia pensado realmente nos direitos das mulheres de decidirem sobre o seu próprio corpo⁸⁷.

Dados divulgados pelo Ministério da Saúde do Uruguai⁸⁸ dizem que a desistência do aborto no país latino-americano cresceu 30%. Além disso, o relatório aponta que 18% das mulheres que recorrem à interrupção voluntária têm menos de 20 anos. O relatório corresponde aos dados de 2013 e 2014 e pode ser conferido no sítio eletrônico do referido ministério.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Disponível em: <http://www.msp.gub.uy/noticia/interrupci%C3%B3n-voluntaria-de-embarazo>.

3. AS MULHERES QUE ABORTAM NO BRASIL

No Brasil, as estimativas disponíveis são realizadas com base em uma pesquisa por uma via de técnica indireta. Isso quer dizer que os números associados aos abortos realizados anualmente são abalizados conforme o número de atendimentos feitos através do Sistema Único de Saúde (SUS). Conforme a internação de mulheres por consequência de prática de aborto inseguro se calcula a média da taxa de interrupções gestacionais provocadas⁸⁹.

Em 2010, foi realizada uma Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), com o objetivo de subsidiar ações de saúde pública para mulheres que estão em idade reprodutiva e obter uma melhoria na coleta de dados das estimativas indiretas. A PNA combinou duas técnicas sequenciais, a de questionários que deveriam ser preenchidos pelas entrevistadas, o qual deveriam depositar em uma urna – por isso conhecida como técnica de urna – e a de questionários preenchidos pelas entrevistadoras em um encontro face a face (uma espécie de senso, coletando informações sociais e demográficas). O universo abordado por essa pesquisa atingiu mulheres de 18 a 39 anos, alfabetizadas e residentes no Brasil⁹⁰.

O questionário da referida pesquisa trazia a indagação às mulheres se elas já haviam realizado aborto em alguma fase de suas vidas. O resultado, em 2010, foi de que 15% das mulheres que responderam a essa pesquisa já haviam realizado aborto em algum momento. Um outro dado importante que foi coletado, é o da idade. Conforme a idade avança, o número de mulheres que realizaram aborto também aumenta.

Segundo o artigo “*Aborto no Brasil, uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*”, que divulga todo o processo da PNA, entre as mulheres de 18 e 19 anos, a estimativa é de 6% para a realização de algum aborto e entre as mulheres de 35 a 39 anos, esse número vai para 22%. O que mostra que até o fim de suas vidas, um quinto das mulheres acaba por realizar um aborto.

Fato é que um número como esse último, onde se aponta que uma em cada cinco mulheres realiza um aborto inseguro no Brasil ao longo de sua vida, revela que essa prática é muito

⁸⁹ DINIZ, D.; MEDEIROS, M. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. p. 960. Ciência e Saúde Coletiva. 15 (Supl.), 2010.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 962.

comum. Sendo assim, deveria estar em pauta nos assuntos relacionados à saúde pública como uma urgência. Contudo, os véus da moralidade e da religião se coadunam como barreiras para que uma questão médica venha a ser discutida abertamente.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), de 2010 a 2014, cerca de 25 milhões de abortos inseguros foram realizados anualmente. 97% dos abortos inseguros foram feitos em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento da África, Ásia e América Latina. Ainda segundo a OMS, as leis restritivas desses países estão diretamente relacionadas a essas altas taxas⁹¹.

O médico Drauzio Varella já se manifestou algumas vezes sobre a questão das mulheres que praticam o aborto. Escreveu um artigo intitulado “*A questão do aborto*”, onde afirma que desde que se tenha dinheiro para pagar, o aborto é legal no Brasil, mas quando a mulher é pobre, é necessário provar que foi estuprada ou que está à beira da morte para que possa ter acesso à interrupção. O método descrito pelo médico utilizado por essas mulheres pobres é o da infecção. Muitas introduzem objetos pontiagudos na vagina para que possam perfurar a bolsa que reveste o feto e assim possa eliminá-lo. Isso provoca hemorragia, febre e toxemia⁹². Essa situação provoca uma dificuldade na procura de ajuda. O medo do julgamento dos familiares e as perguntas no hospital, com risco de serem denunciadas pelos próprios médicos, faz com que o tratamento não seja feito com urgência⁹³. No final disso, as chances da mulher vir a óbito são exorbitantes. Para o médico, não há princípios filosóficos nem morais que venham a justificar tantas mortes de mulheres de baixa renda.

3.1 Números relacionados ao aborto

A Pesquisa Nacional do aborto apontou a ocorrência da interrupção voluntária de gravidez é mais comum nas mulheres de escolaridade muito baixa. Enquanto a proporção de mulheres com até o quarto ano do ensino fundamental que realizaram aborto é de 23%, nas mulheres com ensino médio concluído essa taxa é de 12%.

⁹¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Worldwide, an estimated 25 million unsafe abortions occur each year*. GENEVA: World Health Organization, 2017. Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/unsafe-abortion-worldwide/en/>.

⁹² Doença hipertensiva.

⁹³ VARELLA, Drauzio. *A Questão do Aborto*. Revisado em Abril de 2015. Disponível em <<https://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/a-questao-do-aborto/>>.

Pode-se dizer que não foi observada uma diferença significativa entre as mulheres pertencentes a grupos religiosos diversos. Os dados coletados mostraram que dois terços das mulheres que realizaram um aborto são católicas, um quarto, protestantes e menos de um vigésimo, de outras religiões. Considerando as religiões praticadas no Brasil, proporcionalmente, esses números se mostram com certa paridade entre as mulheres de diferentes crenças. Em números absolutos, as católicas são as que mais recorrem a essa prática.

A análise traz uma tabela onde revela-se que quase metade das mulheres (48%) que optaram por realizar um aborto recorreram a um medicamento para induzi-lo. Esse tipo de método de abortamento é, geralmente, mais seguro do que os outros. Estima-se que o medicamento mais usado seja o misopristol, citado anteriormente neste trabalho quando se falou da questão do aborto no Uruguai⁹⁴.

A pesquisa também traz um número alarmante. 55% das mulheres que recorreram ao aborto inseguro tiveram que passar por uma internação em decorrência de complicações causadas por esse procedimento. Vale notar que mais da metade das mulheres entrevistadas declararam terem recorrido a métodos diferentes da medicação, ou seja, métodos mais arriscados e, provavelmente, com precariedade de higiene.

3.2. Aborto ilegal, seguro e inseguro e a seletividade da justiça.

Uma distinção importante a ser feita quando tratamos do aborto ilegal no Brasil é quanto ao acesso aos métodos seguros e inseguros. Que a prática da interrupção voluntária da gravidez é comum em neste país já é claro. Contudo, é importante estabelecer que nem todas as mulheres que já passaram por essa situação a encararam pela mesma via.

O aborto seguro no Brasil já existe. Na verdade, o aborto clandestino não é necessariamente inseguro. O que ocorre aqui é que quem pode pagar, pode ter acesso à clínicas clandestinas com perfeitas condições de higiene e assistência de médicos treinados. Sem falar no método por ingestão de medicamento. A medicação também tem altos custos. Assim, a mulher de classe média baixa acaba recorrendo aos métodos que lhe são mais palpáveis. Depara-se então com uma situação de desigualdade socioeconômica.

⁹⁴ Ibidem. pgs. 693 e 694.

Ou seja, o abortamento inseguro não ocorre apenas por restrições legais e naqueles países onde é proibido. O aborto inseguro ocorre também naquelas situações em que, mesmo permitido pela lei, a mulher não tem acesso ao serviço de saúde. Portanto, não se trata apenas de uma questão legal, mas de uma questão mais ampla em que a descriminalização da prática venha acompanhada de acesso ao serviço de qualidade, à diminuição do preconceito, à capacitação dos profissionais de saúde, tanto do ponto de vista prático quanto humano, e ao acolhimento dessas pacientes⁹⁵.

Um relatório realizado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em parceria com a organização internacional IPAS, intitulado “*Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça*”, que analisou alguns processos no Rio de Janeiro, entrevistando alguns juízes e promotores, encontrou um recorte socioeconômico da criminalização das mulheres pelo sistema judiciário.

A faixa etária das mulheres partes nos processos no período de 2007 a 2010 na Comarca da Capital do Rio de Janeiro era das mais diversas, porém concentrando-se entre 18 e 23 anos. Quanto à ocupação, o perfil também se torna mais específico, a maioria ou estava desempregada ou desempenhando funções de baixa remuneração, ou seja, eram pessoas com pouca condição econômica. Quanto ao critério de cor, num grupo de oito mulheres, apenas uma era branca. Em relação à escolaridade - como demonstrada na Pesquisa Nacional do Aborto - foi conclusivo também no relatório que a maioria tinha níveis baixos. Na ceara da região de habitação, o perfil se afunilou ainda mais, eram mulheres moradoras de áreas periféricas como favelas, subúrbios e bairros pobres. Não estava no rol das partes nenhuma mulher da Zona Sul ou da Barra da Tijuca. Todas já possuíam filhos. Nenhuma dessas mulheres tinha anotação na ficha de antecedentes criminais. Quanto ao estado civil, não houve uma cotação significativa, algumas eram casadas e outras solteiras. Contudo, quanto a esse último dado, o relatório destaca que nem sempre a mulher está atuando sozinha, os maridos ou companheiros podem estar juntos na tomada dessa decisão⁹⁶.

Desse modo, o que o relatório da Universidade Estadual do Rio de Janeiro indica – e é o que também se pode observar aqui por uma comparação com a PNA – é que o submetimento das mulheres à prática do aborto ilegal está presente em várias faixas etárias e várias camadas

⁹⁵ SANTIAGO, Ricardo Cabral. *Saúde da mulher e aborto*. IN: MAIA, Monica Bara (org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. p. 35. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2008.

⁹⁶ UERJ, Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. *Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça*. p. 27. IPAS Brasil, 2012.

sociais, porém o recorte social das mulheres criminalizadas por tal conduta é outro. Nesse quesito, observa-se a seletividade da aplicação da justiça brasileira.

Além disso, a pesquisa aponta que as mulheres processadas, na maioria desses casos, são mulheres que foram pegas nos chamados “estouros de clínicas”. Não obstante, ainda foi salientado por um dos promotores entrevistados que haveria uma espécie de “legalização informal do aborto” por conta da proposta de suspensão condicional do processo⁹⁷.

3.3 A punição social da mulher

Para entender a criminalização do aborto sob a perspectiva da punição social da mulher, é preciso entender por que ela se tornou um sujeito vulnerável a isso.

Como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, ao longo da história humana as mulheres vieram sendo colocadas em posição de submissão em relação ao homem. O homem seria o padrão, o sexo masculino é aquilo que é certo e como deve ser, a mulher é O Outro.

Nesse sentido, o tratamento dispensado à mulher tanto pela legislação quanto pelo nosso sistema carcerário é machista. Portanto, a mulher deve ser mãe, esposa, calma, reprodutora e ao mesmo tempo deve se dar ao respeito. Com esse padrão definido, o Estado vai limitar o corpo e a sexualidade feminina⁹⁸.

A criação desse padrão de comportamento leva a uma conexão com a teoria do desvio de Howard Becker. O sociólogo, em “*Outsiders*”, explica como essa teoria seria aplicada na prática. Basicamente, o que o autor desenvolve é que grupos sociais criam regras, aqueles que fogem às regras desse grupo são denominados os *outsiders*. Desse modo, as regras sociais são tidas como as de comportamento apropriado e são o que definem o que é certo e o que é errado. “*O grau em que um ato será tratado como desviante depende de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele. Regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas que a outras*”⁹⁹.

⁹⁷Ibidem, p. 17.

⁹⁸BORGES, P. C. C.; NETTO, H. H. C. *A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo*. p. 329 Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.17, n.25, 2013.

⁹⁹BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. p. 25. Tradução de Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir – 1. ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008.

Pensando por esse lado, lembra-se que o Código Penal brasileiro somente em 2005 veio a alterar o artigo 215 que criminalizava como atentado violento ao pudor ter conjunção carnal com mulher “honesta”, mediante fraude. Ou seja, para mulheres não consideradas honestas, não haveria crime. Soa abjeto que essa alteração tenha sido feita apenas há 12 anos. Dessa maneira, Helena Netto e Paulo César Borges apontam que é mister entender que os crimes que são passíveis de serem cometidos somente por mulheres estão diretamente ligados à tutela do Estado sobre o corpo e a sexualidade femininos. Assim, qualquer mulher que depois de passar pelo aparato de controle social e fugir dos padrões (*outsider*), principalmente aquele que dita que a mulher deve ser reprodutora pelo Estado patriarcal, será punida oficialmente. O objetivo do Estado, nesse caso, seria situar a mulher no local previamente definido por conta do seu gênero¹⁰⁰.

Borges e Netto definem o aborto como um tipo penal de gênero. Isso se dá no contexto em que tal delito só pode ser cometido por mulher. O aborto na forma de infração penal traz a reflexão do papel da maternidade atribuído à mulher e como a negação dessa função se abate sobre a sociedade.

Outra particularidade é o fato desse tipo de crime ser de pouca aplicabilidade na prática. Como visto no ponto 3.2, na maioria das vezes esse delito não recebe punição formal, acabando com a suspensão condicional do processo. Ora, se a criminalização de um ato não tem um número relevante quando de sua aplicação, o que faria esse crime permanecer tipificado? A resposta para essa pergunta é que todo o processo de criminalização da mulher pela prática do aborto é, na verdade, uma criminalização ideológica, moral, moldada sob a ótica de uma sociedade machista.

Voltando a Becker, a nossa sociedade se construiu com base na lógica dominante do patriarcado. Basta observar a diferença de tratamento do direito em relação ao homem que não deseja sequer ver o filho. Há a obrigatoriedade de pagar pensão, mas não há consequências penais para o abandono afetivo. O homem não é forçado a exercer sua paternidade, enquanto a mulher não pode sequer escolher ter um planejamento familiar. No momento da escolha da

¹⁰⁰ BORGES, P. C. C.; NETTO, H. H. C. *A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo*. p. 330. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.17, n.25, 2013.

mulher por um aborto, ela não está optando por alguém já nascido e dotado de personalidade jurídica em detrimento de suas responsabilidades. A escolha pela interrupção da gravidez também envolve um pensar nas condições em que esse possível filho viveria. Como disse o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no HC 124306/RJ, como à mulher cabe o fardo da maternidade, a ela deveria lhe caber também a escolha pela continuidade ou não da gestação, como medida de igualdade de gênero.

O argumento de proteção da vida do feto se torna muito frágil quando deparado com a questão da exclusão de ilicitude nos casos de violência sexual. Ao tratar-se o embrião como uma vida que em nada tem relação com os atos dos genitores, como pode haver ponderação do princípio do direito à vida e a dignidade humana da gestante? Nesse caso, uma vida acaba sim valendo mais do que outra – para aqueles que admitem a exceção nesse caso, mas não admitem quando de uma relação consensual e, nessa hipótese, optaria voluntariamente pela interrupção da gravidez.

Não faz muito sentido querer obrigar uma mulher a ter um filho, quando talvez ela tenha utilizado um método anticoncepcional e esse tenha falhado; quando ela, por falta de instrução, não tenha compreendido como usar o método contraceptivo, ou mesmo quando a mulher ainda que não tendo se precavido, manifeste assertivamente sua rejeição pela continuidade da gestação.

Para a nossa sociedade ainda é muito difícil aceitar o lugar da mulher como um espaço onde deve existir paridade de gênero em relação ao homem. Ainda temos uma falsa ideia de liberdade sexual, por exemplo. Quando a mulher tem uma gravidez indesejada, a pessoa que passa a ser primeiramente responsabilizada é ela. Ela quem deve tomar um medicamento anticoncepcional, ela é quem nunca pode esquecer o remédio, ela quem sempre é culpabilizada por ter tido uma relação desprevenida. Ao homem pouco recai a responsabilidade de utilizar métodos de barreira. No mercado de trabalho a mulher sofre discriminação quando em concorrência com um homem para vagas no setor privado. Não é incomum a mulher ser preterida pela sugestão de possibilidade de engravidar.

A pena da mulher quando da criminalização do aborto é, na verdade, a maternidade compulsória. A mulher fica sujeita a “*um julgamento e estigma sociais moralizantes, e não efetiva punição formal*”¹⁰¹.

3.4 A ineficácia da lei penal

Quando falamos em ineficácia da lei penal, é preciso visitar - ainda que brevemente - conceitos básicos do direito, tais como a vigência e a eficácia de uma norma jurídica e as funções da pena.

A vigência de uma norma é o requisito formal para que ela ingresse no mundo jurídico. Deve ser verificado se a lei passou pelo processo formal regular¹⁰². No caso do Código Penal brasileiro, ele foi recepcionado pela nossa Constituição de 1988, visto que é datado de 1940.

A eficácia ou também denominada de efetividade, é a regra jurídica como momento da conduta humana, ou seja, a sociedade vive o direito, o reconhece¹⁰³. Para ilustrar tal conceito temos como exemplo o adultério. O Código Penal, até 2005, criminalizava o adultério. A norma foi revogada pela Lei 11.106/2015. Já não fazia mais sentido ter essa modalidade tipificada, pois o legislador penal deve pensar o crime como uma grave ofensa à sociedade. O adultério pode vir a ter implicações em âmbito civil para os envolvidos, mas já não na ceara da tutela penal. Conforme os costumes de uma sociedade se alteram, a legislação deve também acompanhar essas modificações. A traição configura violação aos deveres do casamento, mas não um perigo à coletividade¹⁰⁴. Do mesmo modo ocorreu a alteração do texto do artigo 215 do Código Penal quanto ao termo “mulher honesta”. Toda mulher deve ser respeitada e já não era mais condizente com as mudanças da sociedade manter esse termo, o que sugeria total subjetividade do julgador quando da ocorrência do processo.

Quando se fala das funções da pena, se está diante das teorias sobre a pena. Elas se subdividem na teoria retributiva da pena, na teoria preventiva da pena e na teoria mista.

¹⁰¹ Ibidem. p. 334.

¹⁰² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. pgs. 106 e 107. 27 - ed. ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva: 2002.

¹⁰³ Ibidem. p. 112.

¹⁰⁴ SANTOS, Simone Moraes dos. *Adultério, traição e dano moral*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 936, 25 jan. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7871>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

A teoria retributiva da pena, de modo geral, é aquela que justifica a aplicação da pena com base em sua retribuição do mal praticado pelo indivíduo. A pena tem como fim fazer justiça, não tem um alcance futuro, é tão somente uma punição de um ato passado. Essa teoria tem afinidade com o Estado absolutista, onde prevalece o contrato social. Kant e Hegel foram defensores expressivos dessa teoria¹⁰⁵.

A teoria preventiva da pena se divide entre a prevenção geral e a prevenção especial. Para essa teoria preventiva, a pena se justifica não para retribuir o ato delituoso, mas sim para prevenir que ele ocorra. A pena deixa de se basear em um fato passado e passa a ser concebida como um meio de alcance para um fim futuro, que é a prevenção de delitos¹⁰⁶.

César Bittencourt diz que no que toca a prevenção geral, a prevenção de delitos incide sobre a coletividade social. E essa modalidade de prevenção se subdivide em prevenção geral negativa – que se baseia na intimidação dos delinquentes em potencial através da ameaça da pena – e a prevenção geral positiva, que tem função de fidelização dos cidadãos à ordem jurídica a qual pertencem.

A prevenção geral negativa se dá pela ideia do medo. Para essa teoria, a utilização do medo da aplicação da pena produziria no indivíduo uma retração quanto ao cometimento de delitos. Bittencourt salienta que essa teoria não leva em consideração uma importante psicologia do delinquente, ele confia que não será descoberto. Assim, o pretendido temor não surte o efeito esperado.

É possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena. Mesmo assim, a experiência confirma, isso não acontece em todos os casos, estando aí, como exemplos, os delinquentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais¹⁰⁷.

A prevenção geral positiva já tem um alcance dos fins preventivos diferente. Essa teoria preza pela função da pena como tendo uma finalidade pedagógica e comunicativa, objetivando assim a estabilidade do ordenamento jurídico. Essa prevenção preza por três efeitos: a

¹⁰⁵BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, 1.* p. 55. – 17 ed. ver. ampl. E atual. de acordo com a Lei 12.550 de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰⁶Ibidem, p. 57.

¹⁰⁷Ibidem, p. 58.

aprendizagem através da motivação sociopedagógica da coletividade, a reafirmação da confiança no direito penal e uma pacificação social quando a pena é vista sob a ótica de uma solução eficaz para o delito cometido¹⁰⁸.

A prevenção especial da pena procura evitar a prática do delito, mas de encontro com a prevenção geral, é dirigida ao delincente e não à coletividade. Essa teoria também se subdivide em prevenção especial negativa – objetiva a eliminação ou neutralização do delincente – e a prevenção especial positiva – objetiva a reeducação do delincente. Essas vertentes da prevenção especial não se excluem entre si, podem se apresentar como concorrentes mutuamente. O que se pretende com a prevenção especial é corrigir ou ressocializar o indivíduo que já delinuiu¹⁰⁹.

A teoria mista – adotada pelo Código Penal de 1940 – recolhe os aspectos mais destacados das teorias retributiva e preventiva. Sendo assim, a função punitiva não se fundamenta em nada que não seja o delito, ela limita-se ao fato praticado, ou seja, ela é uma retribuição ao condenado pelo ato cometido. Seria então uma retribuição justa. Ao mesmo tempo em que serviria como fim preventivo, totalmente complementar ao outro papel¹¹⁰.

Dito isto, o que se pode depreender da análise da criminalização do autoaborto é que a lei, nesse caso, não vem cumprindo nenhum dos seus papéis. Primeiro porque a função punitiva da norma acaba, por muitas vezes, não sendo aplicada na prática, como já demonstrado anteriormente em função da suspensão condicional do processo. Segundo, porque a norma penal não consegue servir como meio preventivo.

Em outras palavras, o artigo 124 e 126 do Código Penal, já não têm eficácia e tampouco cumprem a função da pena. As mulheres que desejam abortar não deixam de fazê-lo por conta da norma. O dado exposto no início desse capítulo de que uma a cada cinco mulheres fazem algum aborto ao longo de sua vida deixa isso explícito. O autoaborto não é um crime que oferece grave perigo à sociedade. Esse delito tem consequências reflexivas para a mulher.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 59.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 61.

¹¹⁰ Ibidem, p. 61.

O aborto no Brasil é menos uma questão de se pensar em como restringir mais ainda a norma, pois já foi demonstrado que ela não cumpre seus requisitos, e mais uma preocupação relacionada à saúde pública. Talvez, o modo mais eficaz de se combater o número elevado de mortes maternas e diminuir a quantidade de abortamentos seja a prevenção via educação e não a persistência na criminalização. Infelizmente, neste país, a bancada religiosa no Congresso cria barreiras para que o debate sobre o tema seja discutido, o que faz a legislação brasileira permanecer em atraso. Tal como dito no início deste tópico, para que uma lei tenha vigência, é necessário que ela passe por todo o processo regular de sua criação e instituição. O véu fundamentalista que reveste a moral dos parlamentares não deixa que a legislação em um sentido mais favorável à descriminalização atenda a esses requisitos formais.

CONCLUSÃO

A ineficácia da criminalização do aborto no Brasil é demonstrada não só pela alta ocorrência da prática entre as mulheres, mas também pelo fato da norma não conseguir proteger o bem jurídico a que se pretende, a vida do feto, podendo ocasionar assim a perda não só de uma, mas duas vidas. O risco de morte de uma mulher que recorre ao aborto inseguro é muito alto, além disso, as mulheres processadas por cometimento desse crime são aquelas que, em geral, não podem pagar pelo remédio abortivo, nem pelo serviço de clínicas clandestinas com aparato adequado, tão menos sair do Brasil para realiza-lo em outro país. As mulheres mais atingidas são as que dependem do sistema público de saúde.

A discussão em voga merece não só uma abordagem da questão do aborto através da pauta da proteção da vida, pois o embrião é vida, contudo resta estabelecer a partir de qual momento seria vida humana e, além disso, a própria legislação não define ao certo o alcance dessa proteção. A abordagem do direito não pode ser descolada da realidade. Se pautarmos o tema apenas no direito à vida, dificultaremos sempre a possibilidade de revisão da norma. O direito deve servir à sociedade na medida de suas necessidades.

Diante do grave problema de saúde pública causado pelas consequências da interrupção insegura da gravidez, deve haver um balanceamento não só o número de mortes maternas, mas também o direito da mulher a decidir o que fazer com o próprio corpo. É importante salientar que o direito à vida não é absoluto no ordenamento jurídico, relativiza-se quando da legítima defesa e quando das exceções permitidas no artigo 124 do Código Penal, adicionado ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre os fetos anencéfalos.

Além disso, como mecanismo de igualdade entre gêneros, é necessário pensar o direito da mulher ao planejamento familiar. Não se pode considerar justo que uma mulher que faça uso de métodos contraceptivos ainda seja obrigada a levar a termo uma gravidez indesejada caso o método escolhido falhe. Ao homem, por mais que lhe seja obrigatório assumir certos compromissos cívicos para com a criança, não lhe é obrigatório sequer conviver com ela. Todo o ônus da gravidez recai sobre a mulher, desde as mudanças forçadas causadas em seu organismo, até a cobrança para que exerça a sua maternidade.

Já foi exposto que a maternidade na sociedade tem um papel de controle da mulher. É manipulada como uma função inerente ao fator ser mulher. Rejeitar isso seria quase como querer exercer o mesmo papel do homem, o que seria abjeto. O Brasil se mostra um país retrógrado nesse aspecto, pois não cria alternativas para a diminuição do número de abortos, ao mesmo tempo em que os operadores do direito no âmbito do processo penal acabam por oferecer à mulher processada a suspensão condicional do processo. Isso leva a refletir ao que a norma vem servindo, qual o seu objetivo.

Outra questão importante se dá quanto aos legisladores. Quem vem decidindo desde 1940 sobre a criminalização do aborto são homens, em sua maioria brancos e de classe média a classe média alta. Nesse mês de novembro de 2017 foi aprovado o texto substitutivo da proposta da PEC 181, de autoria do Senador Aécio Neves, na comissão especial da Câmara por 18 votos a 1, todos os votos a favor foram de homens, enquanto o único voto contra foi de uma mulher. O pretexto da Emenda vem mascarado de um falso benefício, o alargamento da licença maternidade de 120 dias para até 240. Contudo, o mesmo texto traz a alteração do inciso III do artigo 1º da Constituição de 1988, com a garantia da dignidade da pessoa humana desde a concepção¹¹¹. Essa adição ao texto dá margem a uma interpretação extensiva para a proibição do aborto até mesmo em casos de estupro, o que soa evidentemente absurdo, é a perpetuação da violência que a mulher já sofrera. Carregar no ventre o fruto de uma violação é só mais uma forma de culpabilizar a mulher.

Não só já foi apontado por ministros do STF, Luís Roberto Barroso, Ayres Britto e Rosa Weber, que a norma penal presente no Código de 1940 necessita de uma revisão, pois já se tornou anacrônica, como também deveria o Brasil, como pretendo país a se tornar desenvolvido, se espelhar em óticas mais progressistas dos países que optaram pela descriminalização. O vizinho latino americano Uruguai é um dos melhores exemplos dessa iniciativa.

Por fim, a norma penal mostra-se ineficaz, pois além de tudo o que já fora mencionado, não cumpre nenhuma das funções da pena. Não reeduca, nem ressocializa, tampouco previne que as mulheres que desejam abortar deixem de fazê-lo. O que a norma mostra é que se presta

¹¹¹BRASIL, Câmara dos Deputados. *Comissão especial destinada a proferir parecer à proposta de emenda à constituição nº 181-a, de 2015, do senado federal, que “altera a redação do inciso xviii do art. 7º da constituição federal para dispor sobre licença-maternidade em caso de parto prematuro”*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1586817&filename=Parecer-PEC18115-16-08-2017. Acesso em 4 de novembro de 2017.

a punir mulheres pela sua liberdade sexual, além de institucionalizar o controle sobre seus corpos, uma manutenção de um padrão de uma sociedade patriarcal. A norma poderia ser caracterizada como retributiva, ou seja, devolver à mulher o mal que ela teria feito, contudo é importante lembrar que o aborto é um ato reflexivo, onde a mulher já sofre as consequências do aborto inseguro, portanto, não seria uma aplicação justa. Além disso, foi apontado que na maioria dos casos é oferecida a suspensão condicional do processo, desse modo, a norma ilustra no código penal o caráter conservador de certos setores da sociedade brasileira, enquanto a tão prezada proteção da vida se esvai em seu discurso. A criminalização do aborto é uma mera representação de uma reprovação moral.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. – 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo, vol. I*. Tradução Sérgio Milliet. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. p. 25. Tradução de Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir – 1. ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, 1*. – 17 ed. ver. ampl. E atual. de acordo com a Lei 12.550 de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, P. C. C.; NETTO, H. H. C. *A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo*. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.17, n.25, 2013. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/viewFile/927/917>. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Comissão especial destinada a proferir parecer à proposta de emenda à constituição nº 181-a, de 2015, do senado federal, que “altera a redação do inciso xviii do art. 7º da constituição federal para dispor sobre licença-maternidade em caso de parto prematuro”*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1586817&filename=Parecer-PEC18115-16-08-2017. Acesso em 4 de novembro de 2017.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

_____, Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF N° 54 – inteiro teor*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 23 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 134.306/RJ – Distrito Federal*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=124306&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 21 de novembro de 2011.

BUGLIONE, Samantha. *A mulher enquanto metáfora do Direito Penal*. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/946/a-mulher-enquanto-metafora-do-direito-penal>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

_____. *Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça*. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-e-sexualidade-uma-quest%C3%A3o-de-justi%C3%A7a>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

CBN. *Número de mulheres que decidem não ter filhos atinge o maior índice dos últimos dez anos*. 2016. Disponível em:

<http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/pais/2016/07/16/NUMERO-DE-MULHERES-QUE-DECIDEM-NAO-TER-FILHOS-ATINGE-O-MAIOR-INDICE-DOS-ULTIMOS-DEZ-AN.html>

COTRIM, António. *Portugal é país europeu com menos abortos, lei foi “um sucesso”, diz Francisco George*. Público. Portugal. 2017. Disponível em: <https://www.publico.pt/2017/09/14/sociedade/noticia/portugal-e-pais-europeu-com-menos-abortos-lei-foi-um-sucesso-diz-francisco-george-1785386>. Acesso em: 23 de novembro de 2017.

DIAS, Tatiana. *O que aconteceu após 10 anos de aborto legalizado em Portugal*. 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/02/13/O-que-aconteceu-apos-10-anos-de-aborto-legalizado-em-Portugal>.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Ciência e Saúde Coletiva. 15 (Supl.), 2010.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2ª ed. – Editora Martins Fontes, 2009.

GABRIELLA, Lucianna. *O aborto e a pílula do dia seguinte*. Web Artigos. 2010. Disponível em: <http://webartigos.com/artigos/o-aborto-e-a-pilula-do-dia-seguinte/33515>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

GOMES, Márcia Pelissari. *O aborto perante a legislação pátria*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 167. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1094> Acesso em: 12 out. 2017.

GOULART, Mariana; MARTINS, Fernanda. *Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para emancipação de gênero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.123.08.PDF

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal/parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. – 7ª. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

KARAGULIAN, Patrícia Partamian (coord). *Aborto e legalidade: malformação congênita*. – São Caetano do Sul, SP: Yedis Editora, 2007.

LIMA, Valter Alves de; SILVA, José Edivaldo da. *A inviolabilidade do direito à vida ante a interrupção voluntária da gravidez*. Cadernos de Graduação Ciências Humanas e Sociais. Fapce. Disponível em: periodicos.set.edu.br. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

MAIA, Mônica Bara. (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. Disponível em: xa.yimg.com/kq/groups/18927857/743983635/name/Direito. Acesso em 20 de agosto de 2017.

MARTÍNEZ, Madalena. *Aborto no Uruguai, a exceção latino-americana*. El País. Montevideu. 7 de março de 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/07/sociedad/1394208119_165255.html. Acesso em 29 de outubro de 2017.

MELDAU, Débora Carvalho. *Nidação*. Infoescola. Disponível em: <http://www.infoescola.com/embriologia/nidacao/>. Acesso em 22 de novembro de 2017.

MILLET, Kate. *Política Sexual*. Editora original: Doubleday & Company, Inc., Nova Iorque. Publicações Dom Quixote. Tradução: Alice Sampaio, Gisela da Conceição e Manuela Torres. 1969, 1970.

MONTEIRO, Rosa. *A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos*. In: *Análise Social*, 204, XLVII (3^a.º), 2012. Disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_204_d01.pdf. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto – sacralidade da vida e o novo papel da mulher*. 1^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1997.

NETTO, Helena Henkin Coelho. BORGES, Paulo César Corrêa. *A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo*. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, a.17, n.25, 2013. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/viewFile/927/917>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

PORTUGAL. *Direção geral da saúde (Portugal). direção de serviços de saúde e promoção da doença. Relatório dos Registos das Interrupções da Gravidez*. Dados de 2014-junho 2015.

_____. *Lei nº 16/2007 de 17 de abril*. Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. Disponível em:

http://www.apf.pt/sites/default/files/media/2015/lei_16_2007.pdf. Acesso em: 29 de outubro de 2010.

RODRIGUES, Paulo Jorge. *O trabalho feminino durante a revolução industrial*. UNESP. Disponível em:

https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/o-trabalho-feminino_paulo-jorge-rodrigues.pdf. Acesso em: 20 de agosto de 2017. 2015.

SANTOS, Simone Moraes dos. Adultério, traição e dano moral. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 936, 25 jan. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7871>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

SCAVONE, Lucila. *A maternidade e o feminismo: diálogo com as ciências sociais*. Cadernos Pagu. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a08.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil; volume único/ Flávio Tartuce*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

UERJ, Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. *Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça*. IPAS Brasil, 2012.

URUGUAY, Ministerio de La Salud. *Interrupción voluntaria de embarazo*. Disponível em: <http://www.msp.gub.uy/noticia/interrupci%C3%B3n-voluntaria-de-embarazo>. Acesso em 18 de novembro de 2017.

VARELLA, Drauzio. *A Questão do Aborto*. Revisado em Abril de 2015. Disponível em

<<https://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/a-questao-do-aborto/>>. Acesso em 5 de novembro de 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Worldwide, an estimated 25 million unsafe abortions occur each year*. GENEVA: World Health Organization, 2017. Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/unsafe-abortion-worldwide/en/>. Acesso em: 04 de outubro de 2017.