

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS**

Ariane Monteiro Cunha

**A VIABILIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO CONTEXTO
JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

**TRÊS RIOS
2017**

Ariane Monteiro Cunha

**A VIABILIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO CONTEXTO
JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Orientador: Prof. Dr. Rulian Emmerick.

TRÊS RIOS

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE

UFRRJ/ BIBLIOTECA

A viabilidade da legalização do aborto no contexto jurídico-constitucional brasileiro

Cunha, Ariane/ Ariane Monteiro Cunha – 2017. 42 f

Orientador: Rulian Emmerick

1. Direito constitucional – Monografia.
2. Aborto – Monografia.
3. Legalização

Monografia (graduação). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito

Autorizo apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada à fonte.

Assinatura

Data

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Mirian e Nilo, os quais me deram incentivo e suporte constantes para que a desistência não fosse realidade nessa segunda graduação. Obrigada por terem tolerado todos os percalços nessa trajetória, por toda a paciência e compreensão devotados e por terem sido meu aporte de amor e cumplicidade. Vou passar a vida agradecendo e não será suficiente. Amo vocês;

À minha querida filha, Ana, ainda tão pequena, que me faz enxergar a vida com mais amor, leveza e calma. Mesmo inconscientemente me ajudou a entender questões pessoais profundas e ser cada vez melhor. Desculpe-me pelas ausências e cansaços. Desejo, no futuro, seu olhar digno do seu olhar de orgulho e admiração. Meu coração é todo seu e tudo que faço é sempre pensando em você. Te amo!

Ao meu esposo, Júnior, o qual me concedeu infinitas orientações e debates acalorados sobre Direito, mesmo não estando mais ativo na profissão. Obrigada por aguentar o mau humor e cansaço e pelo incentivo diário, sobretudo após o nascimento da nossa filha;

Aos queridos companheiros dessa jornada, a “galera do fundão” – Carina, Fernando, Emídio e Gino – sem vocês eu não teria conseguido. Não teria sido tão incrível passar pela graduação novamente sem suas presenças, suportes e piadas... Tenho histórias maravilhosas para contar porque todos entraram na minha vida e espero que nela permaneçam. Espero que Ana encontre em seu caminho amigos tão incríveis para compartilhar os momentos da vida. A convivência diária vai deixar muitas saudades. Obrigada por esses cinco anos e que venham mais cinquenta anos de amizade;

Ao orientador Rulian, obrigada pela disponibilidade, pelo empenho e paixão com que disserta sobre o tema e por defender os direitos femininos com tanto afinco;

Aos professores da graduação, os quais, cada um a seu modo, instigaram meus questionamentos e me ofereceram palavras de carinho e conforto. Mesmo aqueles para os quais eu não tive muita proximidade, saibam que lhes tenho profunda admiração e respeito;

Aos queridos amigos do CAPS, os quais nunca fogem à luta, obrigada pelos “papos-cabeça” das sextas-feiras, pela confiança no meu trabalho, pelo carinho, amizade e suporte. Obrigada pela escuta e pelos abraços.

RESUMO

CUNHA, Ariane Monteiro. *A viabilidade da legalização do aborto no contexto jurídico-constitucional brasileiro*. 2017. 42f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2017.

A presente monografia tem por objetivo apresentar uma breve análise sobre a incidência da questão do aborto na sociedade e legislação brasileiras, corroborando a viabilidade para legalização da interrupção voluntária da gravidez nesse contexto. Para tanto, faremos um apanhado histórico, jurídico-constitucional, apresentando dados bibliográficos e resultados de pesquisas realizadas sobre o assunto em tela. Nesse sentido, avaliaremos sobre os âmbitos do Direito Penal, Direito Civil e Direito Constitucional, entendendo que o aborto já acontece no Brasil e que o mesmo deve ser legalizado e analisado sob a ótica de saúde pública, visto que compromete ou interrompe a vida de muitas mulheres, sempre de classes vulneráveis da sociedade. Palavras-chave: Aborto. Legalização. Legislação brasileira. Viabilidade. Saúde Pública.

ABSTRACT

CUNHA, Ariane Monteiro. *The feasibility of legalizing abortion in the Brazilian legal-constitutional context*. 2017. 42f. Monography (Law Degree) – Law School, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2017.

The objective of this monograph is to present a brief analysis of the incidence of abortion in Brazilian society and legislation, corroborating the feasibility of legalizing voluntary termination of pregnancy in this context. To do so, we will make a historical, legal-constitutional survey, presenting bibliographic data and results of research carried out on the subject. In this sense, we will evaluate the areas of Criminal Law, Civil Law and Constitutional Law, understanding that abortion is already happening in Brazil and that it must be legalized and analyzed from the point of view of public health, since it compromises or interrupts the lives of many women, always of vulnerable classes of society. Keywords: Abortion. Legalization. Brazilian legislation. Viability. Public health.

“Existe uma forte relação entre proibir aborto e matar mulheres. A lei não é eficaz em proibir abortos, mas é muito eficaz em matar mulheres”.

Jefferson Drezett – Coordenador do Ambulatório de Violência Sexual e Aborto Legal do Hospital Pérola Byington.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – Direitos reprodutivos, direitos humanos e o aborto.	3
1.1 – A “construção” dos direitos reprodutivos	3
1.2 – Direitos sexuais e reprodutivos no contexto internacional	6
1.3 – Direitos sexuais e reprodutivos no contexto brasileiro	12
CAPÍTULO 2 – Sistema penal e o aborto	17
2.1 – A criminalização do aborto no Sistema Penal Brasileiro	17
2.2 – Estimativas do aborto: problema de saúde pública	22
CAPÍTULO 3 – Direito a vida e a viabilidade da legalização do aborto no Brasil	27
3.1 – A proteção jurídica da vida.....	27
3.2 – A viabilidade da legalização do aborto no Brasil.....	30
CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

INTRODUÇÃO

No Brasil, a questão concernente ao encaminhamento jurídico que deve ser imbuído ao aborto desperta polêmicas intensas, surgindo, assim, defensores ávidos tanto do direito de escolha da mulher quanto do direito à vida do nascituro. Os desacordos são tão profundos que não envolvem apenas argumentos jurídicos, morais e de saúde pública, inserindo também um viés religioso.

A Constituição Federal não foi, em nenhum momento, explícita ao tratar do início da vida desde a concepção, não havendo, assim, regra constitucional para ser imediatamente aplicada, devemos, então buscar os princípios, ou mandamentos de otimização, que melhor nos guiem para constatar se a norma em análise é ou não compatível com o texto constitucional.

Nesse interim, comecei a analisar sobre o papel feminino, questão social e sobre o controle do Estado, chegando, por fim, às ponderações sobre as implicações jurídicas no que tange a interrupção voluntária da gravidez.

Assim sendo, o presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo analisar a viabilidade da legalização do aborto no Brasil. Para isso, faremos um breve levantamento das normas jurídico-constitucionais, bem como o contexto histórico e social em que se insere o debate sobre a interrupção voluntária da gravidez.

Não cabe problematizar individualmente a temática, e sim pensar seu impacto na coletividade, pensando o bem social e buscando embasamento histórico-jurídico-constitucional que corroborem com a legalização do aborto. Pretende-se, para tanto, mostrar que a questão da interrupção voluntária da gravidez é assunto que deve ser reconhecido e pensado como um problema de saúde pública e social e não como uma questão que deva estar sob o manto do Direito Penal.

Assim sendo, esse trabalho de conclusão de curso será dividido em três capítulos.

No Capítulo I, analisaremos os direitos reprodutivos e sexuais, direitos humanos e as relações de tais direitos com a abordagem de legalização da interrupção voluntária da

gravidez, bem como esses direitos e conceitos se apresentam na dinâmica social feminina contemporânea.

No Capítulo II, por conseguinte, analisaremos sobre o sistema penal e o aborto, como um incide sobre o outro e em que contexto surgiu tais normas jurídicas de proteção à vida do feto até o contexto de vigência do atual Código Penal. Apresentaremos ainda algumas estimativas acerca do aborto, levando-se em conta que a interrupção voluntária da gravidez deva ser encarada como problema de saúde pública.

No Capítulo III, por sua vez, falaremos sobre a discussão em torno do direito à vida e as condições que garantem a viabilidade da legalização do aborto no contexto jurídico-constitucional brasileiro.

Assim, segue-se a análise, explicitando, *a priori*, que o tema abordado tem relevância, visto a necessidade de reflexão crítica sobre as formas de dominação e repressão, exteriorizada através do controle dos corpos e da sexualidade da mulher. Reflexão crítica também se faz necessária no campo da criminalização do aborto dentro de um Estado democrático de direito com ênfase na perspectiva de defesa dos direitos humanos, cujo princípio maior é a proteção da dignidade da pessoa humana. É relevante, ainda, pois o aborto está sendo discutido por vertentes científicas, de saúde, família, nos campos nacional e internacional, deixando de ser assunto restrito a movimentos femininos, grupos religiosos e páginas policiais¹.

¹EMMERICK, Rulian. **Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia**; Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles – Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007, p.14.

CAPÍTULO 1 – Direitos reprodutivos, direitos humanos e o aborto.

1.1 – A “construção” dos direitos reprodutivos

Os direitos humanos são princípios que devem garantir a satisfação das condições mínimas para o pleno gozo da vida digna; são sínteses resultantes das tensões dialéticas entre regulação e emancipação e entre Estado e sociedade. Em suma, é o resultado de uma construção histórica marcada pelas contradições, são as condições da realidade social e reivindicações específicas de cada época.

Dito isso, pode-se afirmar que a noção de direitos humanos tem uma unidade normativa interna que se funda na dignidade humana de cada ser humano como sujeito moral, jurídico, político e social². Nesse sentido, a dignidade humana constitui uma unidade normativa para efetivação dos direitos humanos e para reconstrução permanente da própria noção de dignidade, como conteúdo construído na dinâmica de sua efetivação³.

A dignidade da pessoa humana, portanto, é a qualidade distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado, o que implica na garantia de direitos e deveres que assegurem condições existenciais para uma vida livre, igualitária e justa, com participação ativa e democrática com os demais seres humanos e de não sofrerem atos degradantes e desumanos.

O referencial de direitos humanos legitimou-se como parâmetro ético universal de agir e conceitual metodológico importante na compreensão de questões humanas e sociais, na formulação, implementação, monitoramento e avaliação de políticas públicas e no desenvolvimento de outras intervenções sociais. Há evidências de que a relação dos Direitos Humanos e Saúde Pública permite ampliar a compreensão das questões de

²VENTURA, Mirian. Palestra “**Princípios de direitos humanos saúde sexual e saúde reprodutiva**”, realizada dia 03/10/2016 no Auditório da UFRRJ – ITR. Três Rios/RJ.

³CARBONARI, 2010 apud VENTURA, Mirian. Palestra “**Princípios de direitos humanos saúde sexual e saúde reprodutiva**”, realizada dia 03/10/2016 no Auditório da UFRRJ – ITR. Três Rios/RJ.

saúde e melhorar a eficácia técnica das ações profissionais e o estabelecimento de critérios éticos para sua atuação⁴.

O direito fundamental à saúde, como se sabe, está consagrado nos arts. 6º e 196 da Carta Magna. Este último dispõe que

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 igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁵.

O direito à saúde é regido pelo princípio do atendimento integral (art 198, II, CF⁶), o qual preceitua que o Sistema Único de Saúde deve assegurar os tratamentos e procedimentos necessários a todos os agravos à saúde humana. O art. 7º, IV da Lei 8080/1990 definiu como princípio do Sistema Único de Saúde

a integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema⁷.

O direito à saúde contempla o direito a autonomia e liberdade, compreende o direito da pessoa ter controle sobre o seu corpo e sua saúde, incluindo a liberdade sexual e reprodutiva. Compreende ainda o acesso aos serviços de saúde, os quais devem ser prestados como um dever do Estado, com saúde universal e de qualidade, que contemple promoção, prevenção e assistência, com igualdade de oportunidades. O direito a saúde deve garantir ainda o direito a condições dignas de existência, como água potável, moradia, alimentação, educação e informação.

A saúde sexual e reprodutiva é componente necessário do direito universal ao mais alto padrão de saúde física e mental, delimitado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em outras convenções, declarações e acordos internacionais. A

⁴VENTURA, Mirian. Palestra “Princípios de direitos humanos saúde sexual e saúde reprodutiva”, realizada dia 03 de outubro de 2016 no Auditório da UFRRJ – ITR. Três Rios/RJ.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum Saraiva. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum Saraiva. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

saúde sexual se refere tanto aos homens quanto às mulheres. Assim sendo, o Estado deve garantir o respeito e a proteção, concretizando o direito à saúde sexual e reprodutiva, assegurando a participação ativa da população no desenvolvimento de políticas públicas de saúde e ainda a tomada de decisões individuais⁸.

Os direitos sexuais e reprodutivos incluem o acesso a cuidados de saúde sexual e reprodutiva e informação, bem como autonomia na tomada de decisões a nível sexual e reprodutivo. Estão no patamar de direitos humanos, universais, indivisíveis e inegáveis. Esses direitos estão ligados ao direito à saúde, a não discriminação, privacidade, não ser sujeito a atos de tortura e maus tratos, direito de determinar o número e espaçamento entre o nascimento dos filhos e o direito a não ser alvo de violência sexual.

A construção dos direitos reprodutivos e sexuais enquanto direitos humanos é recente. Somente foram reconhecidos como tais nos anos 1980 e 1990. O termo direito reprodutivo foi desenvolvido, nos anos 1970, pelo Movimento Internacional Feminista, num contexto de debates sobre aborto, contracepção e esterilização⁹.

Por outro lado, os direitos sexuais são inicialmente formulados em 1990 no bojo dos movimentos gays europeus e norte-americanos e em seguida sendo absorvidos pelos movimentos feministas, os quais consideram a sexualidade ponto central para entendimento e modificação da desigualdade de gênero¹⁰.

Por muitos séculos, a hierarquia da Igreja Católica reinou quase absoluta como normatizadora da sexualidade e da reprodução, promovendo a “naturalização” dessa hegemonia no que concerne a essas temáticas e reagindo fortemente contra o surgimento de outros atores atuantes na mesma área, na luta por conferir sentido e conteúdo diverso a tais direitos¹¹.

No âmbito jurídico, tem-se como marco histórico legal o entendimento de direitos humanos enquanto direitos universais, indivisíveis e interdependentes, conforme o que está delimitado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconhecido

⁸ANISTIA INTERNACIONAL. **Meu Corpo, Meus Direitos**. Disponível em http://amnistia.pt/files/MeuCorpoMeusDireitos/Direito_Saude_Sexual_e_Reprodutiva.pdf. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

⁹CORRÊA, 1995; BARSTED, 1999, apud EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.99.

¹⁰CORRÊA; ÁVILA, p. 20-21 apud EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.99.

¹¹EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.100.

como o princípio da fase de ampliação do Direito Internacional de Direitos Humanos¹². Tal Declaração surgiu no Pós Segunda Guerra Mundial, devido à urgência em definir mecanismos limitadores da atuação dos Estados em defesa da humanidade, dado todo o horror trazido pelo nazismo.

Nesse sentido, cabe ressaltar ainda como marco histórico legal foi a Declaração e o Programa de Ação de Viena, resultado da Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, o qual é importante visto que, neste documento, os direitos das mulheres foram declarados explicitamente como direitos humanos¹³.

1.2 – Direitos sexuais e reprodutivos no contexto internacional

Neste contexto, pós-criação da Declaração Internacional de Direitos Humanos, novos tratados foram firmados a fim de garantir o previamente acordado em 1948. A seguir, listam-se os documentos internacionais de direitos humanos.

Em 1966, foi firmado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁴, o qual surgiu como uma ação internacional pela garantia e promoção dos direitos nele constituídos. Nesse documento, há vários direitos a serem promovidos e garantidos pelos Estados Nacionais, além de algumas disposições atinentes aos direitos sexuais e reprodutivos de homens e mulheres.

¹²BOBBIO, 1992 apud EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.100.

¹³ EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.100.

¹⁴ “Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.” (artigo 7º) “Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa. Ninguém pode ser objeto de prisão ou detenção arbitrária. Ninguém pode ser privado da sua liberdade a não ser por motivo e em conformidade com processos previstos na lei.” (artigo 9º, alínea 1) “Ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação.” (artigo 17º, alínea 1) “O direito de se casar e de fundar uma família é reconhecido ao homem e à mulher a partir da idade núbil. Nenhum casamento pode ser concluído sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.” (artigo 23º, alíneas 2 e 3) “4. Os Estados Partes no presente Pacto tomarão as medidas necessárias para assegurar a igualdade dos direitos e das responsabilidades dos esposos em relação ao casamento, durante a constância do matrimônio e aquando da sua dissolução. Em caso de dissolução, serão tomadas disposições a fim de assegurar aos filhos a proteção necessária.” (artigo 23º, alínea 4) ANISTIA INTERNACIONAL. **Meu Corpo, Meus Direitos**. Disponível em http://amnistia.pt/files/MeuCorpoMeusDireitos/Direito_Saude_Sexual_e_Reprodutiva.pdf. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

O referido Pacto foi adotado pela Resolução n. 2.200 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, trazendo em seu bojo a proteção do direito à vida, à integridade física, à liberdade, à igualdade, incluindo a igualdade no matrimônio, à vida privada, à intimidade, à segurança pessoal, dentre outros direitos de cidadania das mulheres. Os seus artigos 2º, parágrafo 2º, 3º, 6º, parágrafo primeiro, artigo 17, parágrafo primeiro, artigo 18, parágrafo primeiro e artigo 26 dispõem, respectivamente, sobre a garantia de direitos sem qualquer discriminação, a igualdade de gozo de todos os direitos civis e políticos aos homens e mulheres, o direito à vida como direito inerente à pessoa humana, a proibição de ingerências na vida privada e na família, a liberdade de pensamento, consciência e religião e a proteção contra qualquer forma de discriminação. Uma das inovações do Pacto consiste em prever, em seu artigo 28, a criação de um Comitê, cuja atribuição é a avaliação dos relatórios que os Estados Partes estão obrigados a apresentar, apontando os avanços, as medidas legislativas e as políticas públicas criadas, bem como as dificuldades de implementação do Pacto na esfera de cada Estado¹⁵.

Posteriormente, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também datado de 1966, foi adotado pela Resolução n. 2.200 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, enuncia alguns direitos estritamente relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos. Dentre os artigos mais importantes relacionados aos direitos das mulheres está o artigo 2º, parágrafo 2º, artigo 3º, artigo 4º, artigo 9º, artigo 12, que dispõem, respectivamente, sobre a igualdade de direitos sem qualquer discriminação, a garantia de igualdade de direitos entre homens e mulheres, o direito de toda pessoa desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental, o direito à vida, à proteção da privacidade, o direito à liberdade, e o direito à seguridade social¹⁶.

Cabe ressaltar que o progresso internacional dos direitos humanos e dos direitos de igualdade entre homens e mulheres, até os anos 1970, não tinha regulamentação específica que visasse a garantia, promoção e proteção dos direitos humanos na perspectiva de gênero. Apenas no fim dos anos 1970, mas precisamente em 1979, as

¹⁵ EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.104.

¹⁶“Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.” (artigo 12º, alínea a) “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a todos o direito de (a) participar na vida cultural, (b) de beneficiar do progresso científico e das suas aplicações” (artigo 15º, alínea a). ANISTIA INTERNACIONAL. **Meu Corpo, Meus Direitos**. Disponível em http://amnistia.pt/files/MeuCorpoMeusDireitos/Direito_Saude_Sexual_e_Reprodutiva.pdf. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

Nações Unidas adotaram a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Os movimentos feministas mundiais levaram a conhecimento internacional a situação de desigualdade das mulheres, criando assim mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos nesse âmbito.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adotada em 1979, visa erradicar a discriminação com base no gênero. Esta Convenção delimita ainda medidas a serem tomadas pelos Estados-parte para garantia efetiva desses direitos: Tomar todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação contra mulheres, incluindo no setor da saúde; desafiar as normas nocivas tradicionais e alterar padrões sociais e culturais que surgem a partir da noção de que as mulheres são inferiores aos homens; assegurar que homens e mulheres estão aptos para determinar o número, espaçamento e momento de ter filhos - incluindo a opção de não ter nenhum - e ter informação suficiente e precisa, bem como educação e meios para o planejamento familiar; prevenir casamentos precoces e eliminar todas as formas de discriminação contra mulheres no casamento e questões familiares, tais como divórcio, herança e direitos de propriedade; e prevenir e responder à violência contra as mulheres.

Outro avanço internacional na aquisição dos direitos humanos das mulheres foi a Declaração e o Programa de Ação de Viena, realizada em 1993, como resultado da Conferência Mundial de Direitos Humanos, onde os direitos femininos foram revelados explicitamente como direitos humanos.

O item 18 da Declaração define que os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais, bem como dispõe que os Estados Partes devem garantir a plena participação das mulheres em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo. O Capítulo III da Declaração, intitulado A igualdade de Condição e os Direitos Humanos das Mulheres, recomenda que a garantia dos direitos humanos das mulheres deve ser prioridade na agenda dos governos e estes devem: (i) trabalhar no sentido de eliminar a violência contra as mulheres na vida pública e privada; (ii) trabalhar para facilitar o acesso das mulheres aos cargos decisórios; (iii) facilitar as condições de acesso para o exercício pleno dos direitos humanos, em condições de igualdade e sem discriminação, e que os órgãos criados pelos governos devem incluir a questão da condição das mulheres e os seus direitos humanos. A Declaração também afirma que o direito à saúde é um direito humano e deve ser assegurado pelos Estados Partes a todas as mulheres, sem discriminação. O item 41 da referida

Declaração, de forma brilhante e inovadora, faz menção, inclusive, à saúde reprodutiva¹⁷.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. É o documento em que, pela primeira vez, foi definido o que deve ser entendido como violência contra a mulher, e, portanto, uma violação de direitos humanos. Assim sendo, a referida Convenção determina que é direito de toda mulher viver livre da violência, seja no âmbito público ou privado. Dentre os direitos protegidos estão elencados o direito à vida, à integridade física, mental e moral, à liberdade, à segurança pessoal, o direito de não ser submetida a tortura, o direito à dignidade e proteção de suas famílias, o direito a igual proteção diante da lei, o direito a professar a religião e as próprias crenças de forma equitativa com os homens. Enfim, reconhece que a violência contra as mulheres é um obstáculo à garantia dos direitos humanos. Por fim, a Convenção de Belém do Pará estabelece os deveres dos Estados Partes em adotar medidas no sentido de eliminar e erradicar a violência contra a mulher.

Os direitos reprodutivos foram definidos de forma inédita na Conferência Internacional de 1994 sobre População e Desenvolvimento, realizado no Cairo, Egito. Alguns elementos previstos pelo programa são: Serviços de planejamento familiar; cuidados pré-natais, parto assistido por profissionais competentes e atenção integral à saúde infantil; prevenção e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis; prevenção de atos de violência contra mulheres, incluindo tortura; serviços pós-aborto acessíveis e seguros e, onde for legal, acesso a serviços de aborto seguros; e informação, educação e aconselhamento sobre saúde sexual de forma a melhorar as relações pessoais e qualidade de vida.

Saliente-se que tais direitos somente foram incorporados ao rol de direitos humanos através de grande articulação, mobilização e luta dos movimentos de mulheres em todo o mundo. Tais movimentos enfrentaram os mais diversos atores sociais autoritários e conservadores, principalmente os grupos religiosos que, regra geral, têm uma história de oposição à conquista dos direitos das mulheres¹⁸.

¹⁷EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.110.

¹⁸EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.115.

De acordo com tal documento, todos tem o direito a uma vida sexual saudável, segura, consensual e plena, tem direito ao controle do corpo e possuir as informações necessárias para tomada de decisões consciente, bem como ter disponíveis serviços de saúde acessíveis em qualquer situação.

A alteração do tratamento legal conferido à interrupção voluntária da gravidez deve cumprir os compromissos internacionais, como os estabelecidos no Plano de Ação da Conferência do Cairo, sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994¹⁹, e na Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher, ocorrida em Beijing, em 1995²⁰, nas quais ficou assentado que a questão do aborto deveria ser tratada pelos países como problema de saúde pública e não pela ótica criminal. Embora os direitos reprodutivos sejam titularizados tanto por homens como por mulheres, as questões de saúde reprodutiva são muito mais críticas para o gênero feminino.

Abordar a construção política e normativa dos direitos humanos das mulheres, ou seja, na perspectiva do feminino, não é tarefa das mais fáceis, uma vez que, historicamente, as mulheres foram excluídas das pautas das decisões políticas no âmbito nacional e internacional, bem como suas demandas sempre esbarraram em uma série de preconceitos e discriminações. A tarefa se torna ainda mais complexa quando se pretende abordar a temática dos direitos sexuais e reprodutivos enquanto direitos humanos, haja vista constituírem-se em direitos que objetivam garantir autonomia e cidadania ampliadas às mulheres²¹.

Há direta relação entre o direito à saúde e os direitos reprodutivos. Estes são, na definição de Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirota,

direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”, devendo compreender “o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos de saúde²².

¹⁹ O referido evento reconheceu a sexualidade como algo positivo na vida das pessoas, afirmando o dever dos Estados na promoção da saúde sexual e reprodutiva como integrante do direito a saúde e ao desenvolvimento.

²⁰ Tal evento preconizou que os direitos sexuais e reprodutivos se fundamentam no princípio da não discriminação.

²¹ EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.101.

²² PIOVESAN, F. e PIROTA, W.R.B. **A proteção dos Direitos Reprodutivos no Direito Internacional e no Direito Interno**. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp.167-2002, p.168.

Diante da problemática mundial no que tange a saúde reprodutiva, representada pelos altos índices de mortalidade materna devido principalmente aos abortamentos ilegais e inseguros, os Estados foram solicitados a ter como principal meta a promoção da saúde da mulher e da maternidade, especialmente, no que diz respeito a reduzir esse número de mortes e sequelas maternas decorrentes do aborto inseguro. Neste contexto, chegaram a um consenso, consignado no Parágrafo 8.25 do Plano de Ação:

Em nenhuma hipótese o aborto deve ser promovido como método de planejamento familiar. Todos os governos e organizações intergovernamentais e não governamentais relevantes são instados a reforçar seus compromissos com a saúde da mulher, a considerar o impacto do aborto inseguro sobre a saúde como um problema de saúde pública, reduzindo o recurso ao aborto e ampliando e melhorando os serviços de planejamento familiar. A prevenção das gestações indesejadas deve ter alta prioridade, e todo esforço deve ser feito para eliminar a necessidade do aborto. Mulheres que experimentam gestações indesejadas devem ter pronto acesso a informações confiáveis e aconselhamento compassivo. Todas as medidas ou mudanças relativas ao aborto no sistema de saúde só podem ser definidas, no âmbito nacional ou local, de acordo com o processo legislativo nacional. Em circunstâncias em que o aborto não contrarie a lei, esse aborto deve ser seguro. Em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de qualidade para o tratamento de complicações decorrentes do aborto²³.

Outra Convenção que merece destaque aconteceu em 1995 em Pequim: a IV Conferência Mundial sobre as Mulheres. O resultado do encontro foi um acordo com o objetivo de alcançar a igualdade de gênero e eliminar a discriminação contra mulheres e meninas em todo o mundo. O documento, chamado “Declaração e Plataforma de Ação de Pequim”, listou 12 pontos prioritários de trabalho, além de ações detalhadas para alcançar seus objetivos estratégicos. Em suma, trata-se de um roteiro para o avanço da igualdade e do empoderamento das mulheres nos países. As doze áreas temáticas são: Mulheres e pobreza; Educação e Capacitação de Mulheres; Mulheres e Saúde; Violência contra as Mulheres; Mulheres e Conflitos Armados; Mulheres e Economia; Mulheres no Poder e na liderança; Mecanismos institucionais para o Avanço das

²³ANISTIA INTERNACIONAL. **Meu Corpo, Meus Direitos.** Disponível em http://amnistia.pt/files/MeuCorpoMeusDireitos/Direito_Saude_Sexual_e_Reprodutiva.pdf. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

Mulheres; Direitos Humanos das Mulheres; Mulheres e a mídia; Mulheres e Meio Ambiente; Direitos das Meninas²⁴.

Há outros importantes documentos internacionais de direitos humanos que apoiam e promovem o direito à saúde sexual e reprodutiva, a saber: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Convenção Sobre os Direitos das Crianças; Convenção Sobre os Direitos dos Povos Indígenas; Declaração Sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres; Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas Sessão Especial Sobre VIH/ SIDA; Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas Sobre Orientação Sexual e Identidade de Género²⁵.

1.3 – Direitos sexuais e reprodutivos no contexto brasileiro

As principais normas internacionais de direitos humanos que constituem o marco legal dos direitos sexuais e reprodutivos foram reconhecidos pelo Estado brasileiro, o que acarreta a obrigação por parte do poder constituído em cumpri-los e implementá-los para a promoção e proteção substancial dos direitos humanos de todos, sem qualquer discriminação²⁶.

A década de 1970 iniciou no Brasil uma época de diversas transformações nos âmbitos sociais, culturais e políticos. Tais mudanças ocorreram devido ao protagonismo dos movimentos feministas, nos quais os membros lutavam por autonomia, principalmente em relação à sexualidade e à reprodução.

Assim, na década de 80 do século XX, os movimentos feministas já eram uma força consolidada no Brasil e os debates sobre as relações de gênero assumiram o primeiro plano na pauta de tais movimentos. Temas como abuso em relações às mulheres, violência física e simbólica, saúde reprodutiva, saúde integral da mulher, esterilização,

²⁴ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU Mulheres**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/pequim20/>. Acesso em 08 de janeiro de 2017.

²⁵ANISTIA INTERNACIONAL. **Meu Corpo, Meus Direitos**. Disponível em http://amnistia.pt/files/MeuCorpoMeusDireitos/Direito_Saude_Sexual_e_Reprodutiva.pdf. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

²⁶EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.104.

planejamento familiar, descriminalização do aborto, ganharam cada vez mais espaço nos meios de comunicação e no espaço público. Como resultado desse avanço do movimento social, foram criados no âmbito governamental órgãos e programas importantes: o Programa de Assistência Integral à Saúde das Mulheres (PAISM) (1983); o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM); a Comissão dos Direitos da Reprodução Humana²⁷.

Ademais, foi com o advento da Constituição de 1988 que ficaram evidenciados os progressos no que diz respeito aos direitos humanos, reafirmando posicionamentos assumidos pelo Brasil diante aos acordos internacionais. Tal legislação reconheceu enquanto direitos fundamentais alguns dos direitos previstos nos documentos internacionais. A Constituição é um marco histórico nacional, visto que admitiu a igualdade entre homens e mulheres e definiu tal princípio como direito fundamental. Os princípios da dignidade da pessoa humana seriam o estandarte das ações desempenhadas pelos Poderes, sendo dever do Estado garantir o bem estar social, a proteção da vida e os demais direitos fundamentais.

O artigo 1º, inciso III, da Carta Magna consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como pressuposto fundamental a liberdade e a autonomia da vontade dos seres humanos, em que homens e mulheres devem ser responsáveis pela autodeterminação de suas ações e de suas próprias vidas. Desta forma, foi garantido a todos os indivíduos o direito de agir de acordo com suas consciências sem interferências injustificadas do Estado e de terceiros no âmbito da vida privada.

De acordo com esta concepção de liberdade e autonomia e da possibilidade de todas as pessoas poderem realizar escolhas sem interferências, nota-se que uma das opções mais significativas diz respeito às questões da reprodução e da sexualidade, principalmente em relação ao fato de a mulher poder decidir sobre ter ou não filhos ou quando tê-los. É através dessa escolha que o feminino traça os planos de sua vida futura, haja vista o significado de ser ou não mãe, e as respectivas responsabilidades decorrentes de tal decisão²⁸.

A Constituição Federal de 1988, no que tange aos direitos reprodutivos, trouxe novidades importantes relacionadas à promoção da igualdade de gênero, da liberdade e da autonomia da mulher. O artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, dispõe que todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção. Tal dispositivo garante

²⁷EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.126.

²⁸EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.127.

a todos, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, etc., como direitos invioláveis. Interpretando as garantias e direitos fundamentais dispostos no referido artigo da Constituição, constata-se que o direito à vida tem um sentido amplo, englobando integridade física e moral, o respeito à vida, à honra, à imagem e à intimidade²⁹.

Cabe salientar o disposto no artigo 226, § 7º da Constituição Federal, o qual preconiza a proteção especial do Estado à família, uma vez que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo o planejamento familiar de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para exercício desse direito, vedando qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou privadas.

Assim sendo, as decisões ligadas à reprodução devem ser decididas por homens e mulheres de forma independente e responsável. O Estado, por sua vez, deverá garantir recursos para tanto, seja por meio da educação e orientação, fornecendo meios contraceptivos e garantindo o direito à autonomia, privacidade e intimidade no que concerne à reprodução.

Para regulamentar o art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988 foi aprovada em 1996, a Lei do Planejamento Familiar (Lei nº 9263), a qual definiu no art. 2º, o referido conceito: “Entende-se planejamento familiar como um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Outra normativa que vai ao encontro da regulamentação supramencionada e garante os direitos humanos das mulheres no que tange a reprodução foi a Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, a qual foi implementada pelo Ministério da Saúde em 1998, prevendo assistência integral à saúde nos casos de violência sexual e do aborto da gravidez resultante de estupro.

Em 2004, devido ao levante dos movimentos feministas, o Ministério da Saúde adotou a Norma Técnica sobre Atenção Humanizada ao Abortamento, o qual determinou o reconhecimento do Governo brasileiro de que o aborto inseguro e clandestino é um grave problema de saúde pública.

²⁹EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.127-128.

Tal norma levou em consideração a dura realidade das mulheres que recorrem ao aborto clandestino em condições precárias e que, muitas vezes sofrem sérias complicações pós-aborto, necessitando de atendimento médico humanizado nos serviços públicos de saúde. Ou seja, a mulher deve ser acolhida e orientada de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos humanos, disposto na Constituição, o que implica na garantia de respeito à intimidade e privacidade, estando o médico impedido de comunicar o fato a qualquer instituição policial, judicial, e outras³⁰.

Infelizmente, mesmo com tais normativas e regulamentações, ainda não é possível ponderar que o trabalho está feito. Oficialmente, o disposto nos dispositivos legais não é efetivado, existindo um fosso entre o que se pretende na teoria e o que coloca-se em prática.

O que se constata em relação aos direitos sexuais e reprodutivos é um descompasso entre as suas conquistas formais, nos planos nacional e internacional, e a sua efetiva implementação no Brasil, onde tais direitos ainda são garantidos de forma insatisfatória pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário³¹.

Em que se pesem as desigualdades de gênero, qualquer interpretação contemporânea que se possa dar à Constituição não pode admitir que um texto constitucional que tem por fundamento o princípio da dignidade humana como soberano, que consagra a liberdade como um de seus valores centrais, não garanta à mulher o direito de liberdade reprodutiva.

O direito à saúde das mulheres é lesionado devido às normas repressivas ao aborto que vigoram em nosso país. Não há um planejamento preventivo mínimo e quando há não são eficazes. Ou seja, a repressão não evita que os abortos aconteçam, eles geram um efeito colateral a muito conhecido: todo ano, milhares de gestantes, sobretudo as mais pobres, submetem-se a realização de abortos em “clínicas” clandestinas, com mínimas condições de higiene e segurança, trazendo graves riscos à sua vida e saúde.

³⁰EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.131.

³¹EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.132.

Quando não morrem em decorrência do procedimento, ficam com danos irreversíveis tanto físicos quanto psíquicos³².

A questão da autonomia reprodutiva em matéria de aborto foi discutida no voto que o Ministro Joaquim Barbosa elaborou, como Relator, para o julgamento do Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, que versava sobre o direito de gestante de interromper a gravidez de feto anencéfalo.

O caso não foi apreciado pelo STF, porque, a paciente deu à luz e a criança faleceu minutos depois, antes da sessão de julgamento. Contudo, o referido voto foi amplamente divulgado, e dele consta:

Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados. Lembro que invariavelmente essa concepção fundada no princípio da autonomia ou liberdade individual da mulher é a que tem prevalecido nas cortes constitucionais e supremas que já se debruçaram sobre o tema...³³.

Nesse sentido, faz-se necessária uma determinação legal que discorra sobre a temática, proporcionando às mulheres autonomia de decisão, onde o Estado forneça sempre essa imprescindível proteção, para que não se perca a vida de tantas mulheres sem recursos. A proibição não impede a realização do procedimento.

³²SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

³³BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental/ Med.Liminar/-54**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoinicial/verpeticaoinicial.asp?base=ADPF&sl=54&processo=54>. Acesso em 26 de agosto de 2016.

CAPÍTULO 2 – Sistema Penal Brasileiro e o aborto

2.1 – A criminalização do aborto no Sistema Penal Brasileiro

Sob o ponto de vista médico-legal, de acordo com o entendimento dos Conselhos de Medicina, considera-se aborto “a interrupção voluntária da gravidez até a vigésima ou vigésima segunda semana ou quando o feto mede até 16,5 cm”³⁴. Contudo, este conceito de aborto não interessa ao Direito Penal Brasileiro. O Direito Penal criminaliza condutas dolosas ou culposas, que lesionam ou expõem a risco de lesão de bens jurídicos que a sociedade entende como valiosos e que, portanto, mereçam proteção pelas vias do Direito Penal.

A definição de qualquer conduta como ilícita é, por certo, restritiva à liberdade dos indivíduos. Entretanto, a regulação de condutas individuais por parte do Estado é ideia constituinte do próprio conceito formador de Estado. Mas quando essa conduta, além de ilícita constitui norma penal, punindo o sujeito que desrespeita a norma com a perda da liberdade, é necessária imediata aplicação do princípio da razoabilidade para se saber se o direito penal (entendido como *última ratio* a ser aplicado em último caso) é o meio idôneo da conduta indesejada.

Assim, o primeiro esforço do intérprete constitucional ao analisar uma norma penal, deve ser o de descobrir qual é o bem jurídico protegido pela norma em questão para saber se a perda de liberdade é meio razoável, para que se tente inibir determinada conduta indesejada.

O aborto apenas foi tipificado como crime em 1830, no Brasil Império, com a promulgação do Código Criminal do Império de 1830. O referido Diploma Legal dispunha sobre o Aborto no Capítulo referente aos Crimes contra a Segurança da Pessoa e da Vida, em seus artigos 199 e 200. Salienta-se ainda que conforme a disposição dos artigos, apenas era crime o aborto cometido por terceiros, deixando claro que o bem jurídico tutelado era a segurança da mulher e não do feto, visto que o discurso penal não versava sobre o auto aborto. Esse só passou a ser crime a partir do Brasil República,

³⁴CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: http://www.cremerj.org.br/?siteacao=pareceres&def=S&ficha=1&id=3405&tipo=PARECER&__Acesso em 24 de setembro de 2016.

permanecendo até os dias atuais no ordenamento jurídico penal, disposto em seu artigo 124³⁵.

O Código Penal em vigência no Brasil data de 1940 e pune as condutas contra a vida humana em seus artigos 121 a 128, tipificando o aborto nos artigos 124 à 126. O Código Penal traz ainda em seu artigo 128 as situações de excludente de ilicitude³⁶, onde o aborto é permitido, como nos casos em que é necessário para salvar a vida da gestante ou quando a gestação é resultante de estupro. Em outubro de 2004, o Brasil debateu acerca da validade destas normas através da iniciativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTPS, a qual propôs perante o Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54³⁷, sob o patrocínio do jurista e advogado Luís Roberto Barroso, questionando a constitucionalidade da incidência do Código Penal, na hipótese de interrupção da gravidez de feto anencéfalo. A ADPF nº 54 possibilitou ainda o aborto em caso de anencefalia.

Carvalho salienta que o bem jurídico vida humana “erigido à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal, constitui suporte indispensável para o exercício de todos os demais direitos, o que explica a especial proteção que lhe é outorgada pela Lei Penal”³⁸.

Entretanto, ao analisarmos o Código Penal Brasileiro verifica-se que a pena prevista para os crimes dispostos nos artigos 124 e 126 do CP 39 (1 a 3 e 1 a 4 anos

³⁵ EMMERICK, Rulian. **Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia**; Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles – Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007, p.68-69.

³⁶ Há alguma discussão doutrinária sobre se a exclusão referida é de punibilidade ou de ilicitude. Essa discussão tem alguma relevância, pois se se trata de mera exclusão de punibilidade não se retira o caráter ilícito da conduta. Entretanto, em primeiro lugar, a doutrina majoritária no Brasil fala em excludente de ilicitude, (além da própria exposição de motivos do CP, que fala em conduta penalmente lícita poderíamos citar Nelson Hungria, Heleno Claudio Fragoso, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Mirabette, entre outros), além disso, mesmo que a exclusão fosse de punibilidade, ela demonstra uma proteção diferente à conferida ao bem jurídico protegido no caso de homicídio, uma vez que uma exclusão de punibilidade em homicídio contra uma criança fruto de estupro seria, também, claramente inadmissível.

³⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**/ Med.Liminar/-54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verpeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em 26 de agosto de 2016.

³⁸ CARVALHO, Gisele Medeiros. **Aspectos jurídicos penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 10.

³⁹ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos. (Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940). Art. 126 - Provocar aborto com o

respectivamente) expressam, claramente, que não pretendeu o legislador proteger o mesmo bem jurídico que é protegido pelo homicídio (pena de 6 a 20 anos): a vida de uma pessoa humana.

Este argumento ganha, ainda, mais força ao nos depararmos com a possibilidade de aborto legal prevista no artigo 128, II, que possibilita o aborto no caso de estupro. Fica claro, que tal exclusão jamais poderia ocorrer em casos de crime que protegem um bem como a vida humana. Seria completamente absurdo falarmos em homicídio legal, se realizado contra um ser humano fruto de estupro.

O que fica evidenciado na letra do inciso II do Artigo 128 do Código Penal é que o legislador atribuiu um valor maior a honra da mulher – e da família – do que à inviolabilidade da vida humana presente no feto. Ou seja, a dignidade da mãe, nesse caso, possui valor maior que a vida do feto.

Há ainda aqueles que insistem em comparar crime de aborto ao crime de infanticídio, crime tipificado no artigo 123 do Código Penal. Entretanto, os sentidos sociais e penais são distintos para essas práticas. Ao determinar o aborto como interrupção da gravidez e infanticídio como o homicídio de uma criança, revela-se que o legislador atribuiu valor diferenciado a vida da criança já nascida que o do nascituro, visto que a pena prevista para o infanticídio é maior (de 2 a 6 anos). No infanticídio, o crime necessariamente deverá ser cometido pela mãe, enquanto no aborto admite-se ainda o realizado por terceiros, com ou sem consentimento da gestante. Para Emmerick,

a lógica do sistema penal em relação ao aborto é excludente e segregadora, sendo incompatível com os princípios e a filosofia de promoção e proteção de direitos humanos e com os pressupostos fundamentais do Estado democrático de direito. Assim, a ampliação do poder punitivo do Estado tem implicações relacionadas com os regimes de exceção que se expressa através da produção de leis que violam as garantias e direitos fundamentais dispostos na Constituição⁴⁰.

consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940).

⁴⁰EMMERICK, Rulian. **Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia**; Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles – Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007, p.40.

Faz-se necessário ressaltar que, nos países da América Latina que legalizaram a interrupção voluntária de gravidez, como o Uruguai, não se constatou qualquer aumento significativo no número de abortos⁴¹, e não há porque supor que no Brasil seria diferente. Conforme consta, houve no Uruguai aumento da desistência, o que demonstra que a lei vem cumprindo seu papel. É uma lei que promove a reflexão em torno do aborto, pois as mulheres devem passar por consultas obrigatórias com equipe multidisciplinar composta por psicólogos e assistentes sociais, além do ginecologista.

Isso ocorre, pois, uma vez que o aborto é legalizado, as mulheres passam a ser atendidas na rede oficial de saúde e são, conseqüentemente, melhor informadas sobre contraceptivos e planejamento familiar, os quais estão incluídos no procedimento de cuidados do aborto. No atendimento a essas mulheres torna-se possível corrigir as falhas da política de saúde e atuar com eficácia na prevenção as gestações indesejáveis, sem, entretanto deixar de garantir o aborto como direito.

Logo, os efeitos dissuasórios da legislação penal são mínimos: quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto em virtude do mandamento penal, dessa forma podemos concluir que a criminalização não inibe a conduta, tendo efeito somente simbólico e não protegendo, de fato, a vida do feto. A taxa de condenação criminal é absolutamente desprezível, até porque, se fosse diferente, seria necessário transformar o país num grande presídio para comportar todas as centenas de mulheres que já praticaram o aborto.

Pode-se afirmar, portanto, que a criminalização reproduz e agudiza as diferenças sociais e econômicas, vitimando mulheres das periferias, pois coloca a prática do aborto na clandestinidade. Nas palavras de Carlos Roberto de Siqueira Castro:

a criminalização do aborto, longe de servir a causas socialmente meritórias, presta-se mais a reproduzir e aprofundar, num contexto humano de incomparável dramaticidade, as agudas diferenças sociais e econômicas que grassam nas paisagens do terceiro mundo. Sim, porque as mulheres da alta classe média e dos estamentos superiores encontram no bem assistido planejamento familiar, na abundância dos anticoncepcionais, nos exames ginecológicos regulares e até mesmo no aborto classista e profissional as soluções para comporem as

⁴¹LOREA, Roberto Arriada. **Aborto e Direitos Humanos na América Latina: Desconstruindo o mito da proteção da vida desde a concepção.** Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/abortolorea.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

conseqüências do sadio exercício da liberdade do ser e do corpo humano⁴².

Segundo entendimento de Emmerick,

o interesse do Estado em definir aquilo que é permitido ou não, somente se justifica ao cumprir sua finalidade, ou seja, a realização do bem comum da coletividade. A legislação que intente diminuir o número de abortos deve ser preventiva sob a perspectiva de saúde sexual e reprodutiva e não punitiva, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da mulher⁴³.

É importante ressaltar que o Código Penal, à época de sua criação, não era preocupado com o bem estar da mulher, pois dado seu contexto histórico, a sociedade brasileira neste período, era extremamente machista e patriarcal, a qual via a mulher apenas como instrumento para reprodução.

Assim sendo, não havia interesse em discutir o direito à autonomia reprodutiva da mulher e o reconhecimento da igualdade de gênero, debates surgidos de demandas sociais contemporâneas que reafirmam novos valores sociais sobre o papel da mulher e a conseqüente mudança de paradigma em relação à sexualidade feminina.

Assim, a revisão da legislação sobre o aborto, elaborada sem qualquer atenção aos direitos humanos básicos da mulher, torna-se um imperativo constitucional. Segundo Zaffaroni,

Na verdade, pode parecer um contra-senso afirmar que a ideologia justificadora dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos, uma vez que todos os instrumentos dos direitos humanos parecem reconhecer a legitimidade do sistema penal, ocupando-se com certo detalhe de seus limites e garantias. No entanto, uma análise mais próxima e pormenorizada da questão e, particularmente, de sua genealogia ideológica permitirá observar que esta é uma simples aparência (...) Enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades. Não é por acaso que os dispositivos dos instrumentos de direitos humanos referentes aos sistemas penais sempre sejam limitadores,

⁴²CASTRO, C. R. de S. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 687-688.

⁴³EMMERICK, Rulian. **Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia**; Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles – Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007, p.45.

demarcadores de fronteiras mais ou menos estritas do seu exercício de poder⁴⁴.

Segundo Batista:

Na atual conjuntura da revolução tecno-científicas, observamos o enfraquecimento do Estado com o colapso das políticas públicas, o aumento do desemprego e subemprego, o rebaixamento dos salários e da renda per capita. Todo esse quadro neoliberal atinge níveis ainda mais dramáticos na marginalização profunda das classes urbanas. Estas massas urbanas empobrecidas num quadro de redução da classe operária, de pobreza absoluta, sem um projeto educacional, sem condições sanitárias, sem moradia, são a clientela de um sistema penal que reprime através do aumento de presos sem condenação, dos fuzilamentos sem processo, da atuação constante dos grupos de extermínio⁴⁵.

Nesse contexto de mudança social evidente, cabe analisarmos se um Código produzido sob a égide de um sistema diverso do atual não estaria defasado no que tange a determinados assuntos, como o caso aqui presente.

2.2 – Estimativas do aborto: problema de saúde pública

A prova conclusiva de que a proibição legal e a criminalização do aborto não impedem a prática são as estimativas sobre números anuais de abortamentos clandestinos no país. Devido à ilegalidade, não existem dados oficiais.

A Rede Feminista de Saúde, empregando metodologia científica baseada na quantidade de procedimentos de curetagem pós-aborto realizados por ano no SUS, estimou que o total anual de abortos clandestinos ocorridos no país, entre 1999 e 2002, seja algo entre 705.600 e 1.008.000⁴⁶.

⁴⁴ZAFFARONI, E. R. p.147. apud EMMERICK, R, 2007, p.50.

⁴⁵BATISTA, V. M., 2003 apud EMMERICK, Rulian. **Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia**; Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles – Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007, p.63.

⁴⁶MARTINS, A. L. e MENDONÇA, L. C. **Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis**. Belo Horizonte: Rede Feminista da Saúde, 2005.

De acordo com a OMS, 20 milhões de abortos sem assistência médica adequada são realizados todos os anos no mundo, principalmente em países periféricos⁴⁷.

O abortamento clandestino constitui a quinta causa da morte materna no país. O número de óbitos provocados por complicações decorrentes de abortos no país, entre 1999 e 2002, foi 518. Contudo, este número é infinitamente maior, seja em razão da subnotificação de mortes, seja pela natural tendência dos profissionais de saúde de mascararem a causa real do óbito nesta situação, em razão da ilegalidade do aborto. E o perfil destas vítimas é quase sempre o mesmo: mulheres pobres e frequentemente negras⁴⁸. Segue abaixo relato da chefe do departamento de enfermagem da Universidade Federal de São Paulo, Lucila Viana:

A clandestinidade que envolve os abortos também lança um manto de mistério sobre suas conseqüências. Não se tem muito controle sobre o que acontece nesse submundo. Intrigada com essa névoa, Lucila resolveu puxar o fio da meada pelo lado mais trágico, o das mortes declaradas. Em sete hospitais públicos da periferia de São Paulo, descobriram-se oito óbitos diretamente atribuídos a abortos, em dados de 1994. Na verdade, sabe-se que o número é bem maior. A maioria é registrada através de suas causas finais. Uma morte por aborto precário, por exemplo, pode ser arquivada como um caso de embolia pulmonar, hemorragia uterina ou septicemia. Na lista disponível, havia uma adolescente de 16 anos e outra de 17. As demais mulheres tinham 20, 30, 31, 33 e 35 anos. Lucila foi até a casa das famílias delas e encontrou um perfil parecido. Todas eram solteiras, tinham o 1o. grau, namorado fixo e moravam na periferia. Em todos os casos, a família não sabia que estavam grávidas. Por isso, elas demoraram muito a procurar socorro depois que surgiram as complicações. Morreram sem que ninguém soubesse que métodos abortivos usaram. São baixas causadas pelo limite do abandono, da ignorância. “Essas mortes são pavorosas, porque dolorosas, solitárias, envolvidas em segredos e baseadas na falta de conhecimento. E só acontecem com mulheres pobres, que dependem de um local público para fazer qualquer intervenção”, diz Lucila⁴⁹.

Em 2013, segundo o Ministério da Saúde, foram registrados 1.523 casos de aborto legal (casos em que o procedimento é autorizado por via judicial, já previsto no

⁴⁷TARANTINO, Monica. **Aborto: está na hora de o Brasil encarar esse tema**. Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/285170_ABORTO+ESTA+NA+HORA+DE+O+BRASIL+ENCARAR+ESSE+TEMA. Acesso em 19 de setembro de 2016.

⁴⁸MARTINS, A. L. e MENDONÇA, L. C. **Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis**. Belo Horizonte: Rede Feminista da Saúde, 2005.

⁴⁹BARROS, Andréa. SANTA CRUZ, Angélica e SANCHES, Neuza. **Revista VEJA**. 1997. Disponível em <http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquisa/aborto/1513.html>. Acesso em 02/12/2016.

ordenamento jurídico brasileiro, como em caso de estupro, quando há risco para a vida da gestante e quando o bebê tem anencefalia)⁵⁰.

Segundo pesquisa do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), da Universidade de Brasília (UnB), mais de uma em cada cinco mulheres alfabetizadas que possuem entre 18 e 39 anos já praticaram pelo menos um aborto, ao longo da vida. Cerca de metade delas teve que ser internada por conta de complicações, como perfuração do útero. A prática é mais comum entre mulheres com menor escolaridade (23%), enquanto o percentual das que já concluíram o ensino médio é 12%⁵¹.

Realizada em 2010, a Pesquisa Nacional de Abortos utilizou a técnica de amostragem para chegar a esses números, afinal como muitos casos são feitos em clínicas clandestinas, não há como obter dado exato, mas muitas pesquisas tendam a dimensionar essa ocorrência⁵².

No documento Aborto e Saúde Pública no Brasil, de 2009, o Ministério da Saúde destacou estimativa de que 1.054.242 abortos foram induzidos em 2005. Já o Centro Feminista de Estudo e Assessoria (Cfemea) aponta que cerca de 1 milhão de brasileiras submetem-se a abortos clandestinos todos os anos⁵³.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), no relatório Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde, de 2013, ressalta que

nos países onde o aborto induzido legal está sumamente restrito ou não está disponível, na maioria das vezes o aborto seguro se torna um privilégio dos ricos, e as mulheres de baixa renda são mais suscetíveis a procurar métodos inseguros, que provocam a morte e morbidades, gerando responsabilidade social e financeira para o sistema de saúde público⁵⁴.

⁵⁰BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Aborto e saúde pública no Brasil**. 2009. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_aborto.pdf. Acesso em 15 de setembro de 2016.

⁵¹ANIS. Instituto de Bioética. Disponível em <http://anis.org.br/tag/aborto/>. Acesso em 08 de janeiro de 2017.

⁵²MEDEIROS, Tainah. **Pesquisa revela que uma em cada cinco mulheres já fez aborto antes dos 40 anos**. Disponível em <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/pesquisa-revela-que-uma-em-cada-cinco-mulheres-ja-fez-aborto-ate-completar-40-anos/> Acesso em 19 de setembro de 2016.

⁵³BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Aborto e saúde pública no Brasil**. 2009. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_aborto.pdf. Acesso em 15 de setembro de 2016.

⁵⁴ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde**. OMS: Suíça, 2ª ed. Traduzido por Silvia Piñeyro Trias. Revisão médica da tradução por Suzanne Serruya. 2013.

A OMS estima que, a cada ano, são feitos 22 milhões de abortos em condições inseguras, levando à morte cerca de 47 mil mulheres, além de causar disfunções físicas e mentais em outras 5 milhões. Já “nos locais com poucas restrições ao acesso a abortamento seguro, a taxa de mortes e doenças cai drasticamente”, afirma a organização, que constatou diminuição no número de abortos realizados nesses países⁵⁵.

Segundo dados da Pesquisa Nacional de Aborto, na explanação de Medeiros:

a interrupção voluntária da gravidez é prática tão comum no Brasil que até completar 40 anos, mais de uma em cada cinco mulheres já fizeram o aborto. Apesar da proibição penal, estima-se que no Brasil são realizados dois abortos por minuto, geralmente em condições precárias, devido a sua clandestinidade. É o aborto a quarta causa de morte materna no Brasil, atingindo principalmente as mulheres de baixa renda⁵⁶.

A revista VEJA fez, no início dos anos 1990 uma matéria de capa sobre mulheres que fizeram abortos e na ocasião, entrevistaram profissionais de saúde. Segue abaixo trecho do periódico que ilustra bem a realidade supramencionada:

É difícil encontrar profissionais curtidos pelos corredores dos hospitais públicos brasileiros que não usem o tempo inteiro a frase “Aborto é uma questão de saúde pública”. A chefe do departamento de enfermagem da Universidade Federal de São Paulo, Lucila Viana, 54 anos, é uma dessas pessoas. “Durante anos, vi mulheres desesperadas chegando ao hospital e dizendo que não podiam e não queriam ter filhos. É uma realidade triste e constrangedora para quem trabalha com saúde. Qualquer resposta é inadequada. Não podemos aconselhar ninguém a fazer aborto, porque isso é ilegal. E como vamos dizer para não fazer? O sentimento de frustração e impotência é incrível, conta⁵⁷.

Com isso, podemos inferir que o aborto interrompe a vida de muitas mulheres no Brasil, em especial as de origem mais humilde, a procedimentos clandestinos e perigosos, realizado sem as mínimas condições de segurança e higiene. E as sequelas decorrentes deste procedimento representam hoje a quinta maior causa de mortalidade

⁵⁵ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde**. OMS: Suíça, 2ª ed. Traduzido por Sílvia Piñeyro Trias. Revisão médica da tradução por Suzanne Serruya. 2013.

⁵⁶MEDEIROS, Tainah. **Pesquisa revela que uma em cada cinco mulheres já fez aborto antes dos 40 anos**. Disponível em <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/pesquisa-revela-que-uma-em-cada-cinco-mulheres-ja-fez-aborto-ate-completar-40-anos/> Acesso em 19 de setembro de 2016.

⁵⁷BARROS, Andréa. SANTA CRUZ, Angélica e SANCHES, Neuza. **Revista VEJA**. Disponível em <http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquise/aborto/1513.html>. Acesso em 02/12/2016, 1997.

materna no país, ceifando todo ano muitas vidas, que poderiam e deveriam ser poupadas⁵⁸.

Oportunamente, cito o relato da biomédica Desirèe Zanelato, dado em entrevista a revista de alcance nacional em 1997. Desirèe fez um aborto com autorização judicial após o diagnóstico pré-natal de Síndrome de Turner. Ela, contra o aborto, entendeu que deveria realizar o procedimento para proteger o feto e evitar prolongar o sofrimento. Segundo ela “A sensação de estar fazendo um aborto dentro da lei muda tudo. Mesmo arrasada, senti-me amparada, protegida”⁵⁹. Nesses casos diagnósticos, onde não há disposição legal, é levado em conta o bem estar mental e emocional da mulher e usa-se para tanto fato análogo à legislação vigente.

Mulheres abortam e acontece a todo o momento e em nada modifica a vida social e particular dos indivíduos. Entretanto, essas mulheres morrem ou adquirem sequelas físicas e psicológicas ao realizar um aborto clandestino. Legalizar a prática dará alternativa a mulher que deseja realizar o procedimento e amparo médico, social e psicológico. Legalizar o aborto não aumenta o número de mulheres que abortam, mas reduz drasticamente o número de mortes. Abortamento é uma questão de saúde pública, a qual preza pela vida das mulheres e lhes atribuem poder de decisão sobre seus corpos.

⁵⁸MARTINS, A. L. e MENDONÇA, L. C. **Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis**. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

⁵⁹BARROS, Andréa. SANTA CRUZ, Angélica e SANCHES, Neuza. **Revista VEJA**. 1997. Disponível em <http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquisa/aborto/1513.html>. Acesso em 02/12/2016.

CAPÍTULO 3 – Direito a vida e a viabilidade da legalização do aborto no Brasil

3.1 – A proteção jurídica da vida

No livro *O Segundo Sexo*, a autora Simone de Beauvoir explica que países como o Brasil foram fundados em uma moral religiosa que faz da mulher um ser com poucos direitos. Ela esclarece ainda que o aborto passou a ser visto como crime com o advento do cristianismo que dotou o embrião de alma. A valorização do feto como um ser com mais direitos do que a própria mulher que o carrega tem bases sólidas no país e continua a ditar leis, em desrespeito à regra fundamental para uma sociedade democrática: separação entre Estado e Igreja⁶⁰.

O debate sobre a legalização do aborto no Brasil encontra forte resistência religiosa. Em nosso país, o catolicismo é a religião majoritária, tendo esta uma posição radical a qual condena o aborto em qualquer circunstância. Por sua vez, as demais religiões presentes no Brasil, tais como os evangélicos, espíritas, etc., são contra a legalização da interrupção voluntária da gravidez.

Entretanto, o Direito não pode impor coercitivamente às pessoas, inclusive aquelas não religiosas, doutrinas e preceitos emergidos sob a égide de determinada religião, mesmo que esse entendimento seja da maioria. Não pode o Estado adotar medidas legislativas embasadas em concepções morais religiosas, pois não há nenhuma legitimidade neste feito e fere diretamente o princípio da laicidade do Estado, também garantida constitucionalmente.

A liberdade religiosa no Brasil é consagrada no art.5º, VI da Constituição Federal, como direito fundamental. A Constituição, em seu art. 19, I, garante ainda o princípio da laicidade do Estado, tendo este obrigação de possuir não somente uma postura neutra em relação às concepções religiosas como também impedindo de basear-se nelas para decidir sobre a sociedade, respeitando dessa forma o pluralismo.

Esse viés não deveria ser considerado em aportes jurídicos, uma vez que, por princípio, o Brasil é considerado um Estado laico, conforme previsão do artigo 19, I da Constituição Federal de 1988:

⁶⁰**Católicas pelo direito de decidir.** Disponível em <http://www.catolicasonline.org.br>. Acesso em 03/10/2016.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

A grande polêmica é o poder de determinados segmentos religiosos que acabam fazendo o oposto do previsto na Constituição Federal de 1988, intervindo em assuntos políticos por intermédio das bancadas religiosas no Congresso Nacional. Para o Estado laico, a fé deve permanecer na esfera privada.

As decisões tomadas pelo Estado devem justificar-se em termos de razões públicas. Imposições baseadas em compreensões religiosas e ideológicas de um grupo social, ainda que seja hegemônico, não conquistarão legitimidade em uma sociedade pluralista. É necessário sob o prisma ético e jurídico-constitucional que os atos estatais baseiem-se em argumentos que possam ser aceitos por todos os que se disponham a um debate franco e racional. Nesse contexto, defender a vida do feto porque o mesmo é dotado de alma é um contra senso ao debate da interrupção voluntária da gravidez.⁶¹

De acordo com o escritor português Paulo Otero, o estudo específico do Direito à Vida⁶² pressupõe “um domínio consolidado das matérias de Direito Constitucional”, quais sejam, as teorias gerais dos direitos fundamentais e ainda “uma componente ética que, sem prejuízo de receber influência constitucional, não se circunscreve ao domínio constitucional.

as questões integrantes do Direito à Vida vieram recolocar, nos finais do século XX, a discussão em torno das fronteiras entre a ordem moral e a ordem jurídica e, por outro lado, a permeabilidade do fenômeno ético-moral e/ou deontológico face ao universo jurídico e ao progresso tecnológico⁶³

⁶¹SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

⁶²Otero conceitua Biodireito como “numa acepção genérica, o conjunto de normas e princípios jurídicos reguladoras da origem, desenvolvimento e termo da vida humana. Compreendendo no seu âmbito o estudo do direito fundamental à vida, não se esgota o Direito à Vida neste único aspecto, antes pretende abarcar todos os direitos que de modo direto se projetam na esfera do ser humano como pessoa, enquanto expressões subjetivas jurídico-constitucionais da sua inviolável dignidade, desde que a respectiva existência em concreto ganhou vida e para além do momento da morte”.

⁶³OTERO, P. **Direito da Vida. Relatório sobre o Programa**. Conteúdos e métodos de ensino, Coimbra: Almedina, 2004, pp.15 e segs., 21, 22.

Uma das obras mais importantes sobre a discussão constitucional do aborto é *O Domínio da Vida* de Ronald Dworkin. Nesta obra, o jurista parte da discussão preliminar feita no caso que descriminalizou o aborto nos EUA (*Roe v. Wade*), onde o cerne da questão consiste em saber se o feto é ou não uma pessoa constitucional. A Corte Americana decidiu claramente, afirmando que não é possível atribuir personalidade ao feto. Dworkin avalia que a questão chave dessa controvérsia não se encontra em saber se o feto é ou não dotado de direitos e interesses que devem ser protegidos pelo Estado ou quando começa a vida, mas sim que a vida humana possui um valor sagrado intrínseco. “Uma coisa intrinsecamente valiosa, ao contrário, se seu valor for independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom pra elas”⁶⁴.

A partir deste conceito Dworkin tenta demonstrar que o que se pretende proteger com a proibição do aborto não são os interesses do feto, mas a própria sacralidade da vida humana. Haveria, para este autor “uma espécie de vergonha cósmica, sempre que a vida humana em qualquer estágio é deliberadamente eliminada”. Esse raciocínio é particularmente interessante, pois ele nega a idéia de que, no momento em que se deixa de reconhecer o feto como pessoa, automaticamente o aborto perde a sua carga moral negativa. O fundamento não é a proteção a uma vida humana e sim o reconhecimento do caráter sagrado da vida, mesmo quando ela é apenas uma possibilidade. Como veremos, essa diferença de fundamentação tem profundas consequências jurídicas⁶⁵.

Discute-se sobre a intervenção do Judiciário na proteção do direito à saúde, onde destaca-se atualmente a ideia do mínimo existencial. Nesse entendimento, o Judiciário deve assegurar o conteúdo básico dos direitos fundamentais prestacionais “uma vez que a garantia efetiva deles é condição para a vida digna e constitui pré-requisito para a própria democracia”⁶⁶.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a proteção à saúde é muitas vezes um imperativo necessário à manutenção do próprio direito à vida, bem como da integridade física e psíquica das pessoas humanas.

⁶⁴DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

⁶⁵ABRAMOVAI, Pedro – **Análise sobre a constitucionalidade do Tipo Penal de Aborto no Brasil**.

⁶⁶SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

3.2 – A viabilidade da legalização do aborto no Brasil

A Constituição de 1988 não foi clara ao tratar da questão do direito à vida. Entretanto, não se trata de um tema irrelevante constitucionalmente. A discussão do aborto levanta princípios e valores importantíssimos elencados na Carta Magna. Esse período inaugurou no Brasil uma visão jurídica de que a Constituição era mais que uma proclamação simbólica: trata-se de uma Constituição regida pelos princípios dos direitos humanos, incorporando direitos individuais, políticos, sociais e difusos e atribuindo-lhes aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º) e protegendo-os (art. 60, § 4º).

Em seu artigo 5º, caput, que o direito a vida é direito fundamental considerado por alguns juristas como o primeiro direito fundamental dos indivíduos. Alguns conservadores usam o Pacto de São José da Costa Rica, mais precisamente o artigo 4º, para defesa do direito a vida do feto.

Artigo 4 Direito à Vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente⁶⁷.

Entretanto, Lorea relata que “trata-se do mito da proteção jurídica da vida desde a concepção”, visto que a Constituição Federal vigente no Brasil não recepcionou a doutrina de proteção da vida desde a concepção, posto que deixou de fazê-lo expressamente⁶⁸

Em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510 defendeu que a vida começa com a existência do cérebro.

O ministro Celso de Mello afirmou “como a Lei de Doação de Órgãos determina que o fim da vida se dá com a morte encefálica, um raciocínio semelhante pode ser adotado para determinar o começo da vida”. Pedro Lenza corrobora esse pensamento, determinando que para a lei o fim da vida “estaria previsto com a morte cerebral e, sem

⁶⁷SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

⁶⁸LOREA, Roberto Arriada. **Aborto e Direitos Humanos na America Latina: Desconstruindo o mito da proteção da vida desde a concepção**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/abortolorea.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

cérebro, não haveria vida, e, portanto, nessa linha, o conceito de vida estaria ligado (segundo o STF) ao surgimento do cérebro”⁶⁹.

Assim, o que nos cabe definir, parafraseando Lima, a qual afirma que:

O direito à vida, como todos os outros direitos, pode ser restringido quando em situação de colisão com outros direitos também fundamentais. É o que se desprende do princípio da convivência das liberdades públicas. O bem jurídico nem sempre prevalece quando em conflito com outros bens também constitucionalmente protegidos⁷⁰.

Quando há colisão entre as normas constitucionais busca-se a interpretação da norma analisando-a e aplicando-a ao caso concreto.

O valor “vida” é, inclusive, limitado pela própria Constituição, que prevê pena de morte em caso de guerra declarada. E se partirmos do pressuposto de que feto é dotado de potencialidade de vida extrauterina, portanto detentor de alguma proteção jurídica, temos que o próprio ordenamento criminal se incumbe de relativizar e limitar essa proteção⁷¹.

O vértice da questão que é amplamente defendido é referente ao direito à vida do embrião, sendo a vida um direito fundamental reconhecido a qualquer cidadão e cláusula prima constitucional. Ainda há discordância entre os doutrinadores sobre a situação jurídica do nascituro e não se deve desconsiderá-lo como elemento importante da equação, entretanto não é correto ignorar os direitos da mulher para resolutividade normativa deste problema – como fez o legislador de 1940. Entende-se assim, que o nascituro, embora já possua vida, não é ainda pessoa⁷².

⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade/n-3510. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

⁷⁰ LIMA, C. A. S. de. **Aborto e anencefalia: Direitos fundamentais em colisão**. Juruá, 2011, p. 39.

⁷¹ TOTH, Marina. **O aborto criminalizado como regra é inconstitucional**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional>. Acesso em 09/10/2016.

⁷² Ronald Dworkin, em obra importante sobre aborto e eutanásia, sustentou que a questão da personalidade do feto não é o problema essencial quando se discute aborto. Para ele, apesar da confusão conceitual que impera no debate sobre a matéria, a retórica contra o aborto pode basear-se em duas linhas argumentativas diversas. A primeira, que ele chamou de “objeção derivativa”, é a de que o embrião, desde a sua concepção, já constitui criatura com direitos e interesses próprios, dentre os quais o de proteção à sua vida. A outra, tachada de “objeção independente”, diz que a vida humana é sagrada desde o início, pois possui um valor intrínseco e inato, ainda que o nascituro não tenham sensações, interesses ou direitos próprios. Mas, de acordo com Dworkin, o ponto central do debate sobre aborto não é a

(...) cumpre esclarecer que falar em vida humana e em pessoa humana não é a mesma coisa. Indiscutivelmente, o embrião pertence à espécie *homo sapiens*, sendo, portanto, humano. Por outro lado, embora habite o corpo da mãe, ele, obviamente, não se confunde com as vísceras maternas, ao contrário do que afirmavam os antigos romanos. Possui o embrião identidade própria, caracterizada pelo fato de que constitui um novo sistema em relação à mãe, e é dotado de um código genético único – ressalvado o caso dos gêmeos homozigóticos – que já contém as instruções para o seu desenvolvimento biológico. Trata-se, portanto, de autêntica vida humana. Não obstante, não é o feto ainda pessoa. É pessoa *in fieri*, pessoa potencial, mais ainda não é pessoa, da mesma forma que uma semente pode ser qualificada como árvore em potência, mas nunca como árvore. Como vida humana, e como projeto de pessoa, merece já o nascituro a proteção do ordenamento e da Constituição. Não, porém, o mesmo grau de proteção que se confere à pessoa⁷³.

No Código Civil, em seu art. 2º, está delimitado que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo o direito do nascituro, desde a concepção. Entretanto, é óbvio que a legislação não pode negar personalidade a quem é pessoa – como no passado se fazia com os escravos – pois a lei seria inconstitucional, logo, inválida. O primeiro direito humano é o que cada indivíduo tem de ser considerado e tratado como pessoa.

A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo (...). Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa (...). É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das

propósito dos eventuais direitos do feto, mas sobre o significado do chamado “caráter sagrado da vida”. Portanto, a controvérsia deve centrar-se na análise da objeção independente e não na discussão da objeção derivativa à interrupção voluntária da gravidez. A partir desta premissa, Dworkin, examinando a objeção independente, afirma que existem duas grandes posições a propósito do que tornaria a vida humana “sagrada”. Uma, que ele identifica aos conservadores, e que se opõe ao reconhecimento ao direito ao aborto, enfatiza que a vida é sagrada em razão do investimento biológico nela realizado. Os religiosos, que entendem que a vida é sagrada porque provém da vontade divina, enquadram-se perfeitamente neste rótulo. A outra, associada aos liberais, atribui um peso superior ao investimento humano feito na vida, realizado através de decisões individuais, educação, empenho pessoal, etc. Portanto, para um liberal, há uma violação maior à sacralidade da vida quando uma mulher é obrigada a ter um filho que não desejava, frustrando com isso seus planos de vida, do que quando um feto, na fase inicial da gestação, é eliminado. Para ele, portanto, os defensores do direito ao aborto não se opõem à idéia de sacralidade da vida, mas se baseiam numa concepção diversa sobre o que tornaria a vida humana sagrada, valorizando mais o investimento humano e criativo nela realizado do que o investimento natural. (DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003).

⁷³SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

peçoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intra-uterina.⁷⁴

A vida humana intra-uterina também é constitucionalmente protegida, não com a mesma intensidade com que se tutela a vida de alguém já nascido. A protecção à vida do nascituro vai aumentando gradativamente conforme a gestação avança. Assim sendo, o tempo de gestação é fator relevante para determinar o nível de protecção constitucional atribuído a vida pré-natal.

Tal definição pode ser constatada analisando as sanções previstas no Código Penal para os crimes de aborto e o homicídio simples. Notar-se-a que as penas para o primeiro são indistintamente menores que para o segundo, conforme já demonstrado em capítulo anterior⁷⁵.

Esse entendimento é tido também pela Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. A referida Convenção abarca outros direitos que por vezes entram em contradição com a protecção à vida embrionária: é o caso do direito ao respeito da integridade física, psíquica e moral (art. 5º, 1), do direito à liberdade e segurança pessoais (art. 7º, 1), do direito de protecção à vida privada (art. 11, 2), dentre outros. Assim, atribuir um peso absoluto à protecção da vida do nascituro implicaria na lesão a estes direitos, razão pela qual torna-se necessária a sua relativização⁷⁶.

Assim, levando-se em conta os tratados de direitos humanos voltados à protecção da mulher, fica ainda mais evidente que proteger o direito a vida do feto cria contradições na ordem jurídica insanáveis, não sendo possível garantir a tutela de direitos constitucionais como saúde da mulher, privacidade, autonomia reprodutiva e igualdade de gênero, caso a protecção da vida embrionária tenha peso absoluto.

⁷⁴ CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª ed., vol I., Coimbra: Almedina, 1985, p. 175.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

Notoriamente, a parcela que defende o direito a vida do embrião ignora a vida da mulher, uma vez que esta não deixa de realizar um aborto em razão da legislação penal ou dos riscos da clandestinidade. A Constituição declara a inviolabilidade do direito a vida, mas não traz expressamente qual o momento inicial da proteção. Nesse sentido, não se pode garantir com eficácia e certeza quando tal fato acontece, mas é garantido dizer que a mulher já é ser dotado de vida.

Em que pese a Carta Maior ter reconhecido o direito à vida como direito fundamental, o legislador constituinte, conscientemente, não determinou quando se inicia a vida humana. Tanto é assim, que a proposta no sentido de que a Constituição Federal referisse expressamente a proteção da vida desde a concepção, formulada à época da constituinte foi rejeitada pela Assembleia Nacional Constituinte⁷⁷.

Segundo Emmerick,

Sobre o início da vida, nem mesmo a academia e a ciência chegaram a um consenso. Desta forma, faz-se importante sublinhar que, não obstante o embrião/feto ser potencialmente uma pessoa, não significa que ele já seja uma pessoa humana portadora de todos os direitos e garantias desde o momento da concepção. Isso se faz verdade na medida em que a própria legislação ordinária (tanto penal quanto civil), tutela de forma diferenciada os direitos do embrião/feto e os direitos da pessoa nascida⁷⁸.

Conforme preceitua Ricardo Cunha Chimenti:

A dignidade da pessoa humana é uma referência constitucional unificadora dos direitos fundamentais inerentes à espécie humana, ou seja, daqueles direitos que devem garantir o conforto existencial das pessoas, protegendo-as de sofrimentos evitáveis na esfera social⁷⁹.

Ora, nesse contexto, quem pode garantir “conforto existencial” e “proteção do sofrimento” à criança que nascerá de uma gravidez indesejada? E a dignidade dessa mãe que independente da decisão tomada enfrentará o julgamento e o descaso social? Como essa mãe deverá encarar a gravidez indesejada e como será sua vida com essa criança, visto que o Estado não dispõe de recursos que garantam o mínimo existencial, violando

⁷⁷ LOREA, 2008 apud EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.128.

⁷⁸ EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.128.

⁷⁹ CHIMENTI, R. C.; CAPEZ, F.; et al. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 34.

direitos constitucionais? O que se nota é que a sociedade e o legislador se importam demasiadamente com a defesa à vida do nascituro e ignoram a garantia dos princípios fundamentais da mulher.

Uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher é a que diz respeito a ter ou não filhos. Cabe às mulheres sentirem na pele as mudanças físicas, emocionais, pessoais, profissionais, etc., que traz a maternidade; ainda recai sobre estas o peso na criação dos filhos, suas vidas mudam completamente. Todas essas questões estão ligadas a autonomia reprodutiva, cujo fundamento está na própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, II, CF), bem como nos direitos fundamentais a liberdade e privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF)⁸⁰.

E a autonomia reprodutiva, além de dotada de inequívoco fundamento constitucional, é também direito humano protegido na esfera internacional. Neste sentido, é eloqüente a redação do Parágrafo 95 da Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que afirma o direito humano de “decidir livre e responsavelmente pelo número de filhos, o espaço a mediar entre os nascimentos e o intervalo entre eles”, bem como o de “adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violência”. Por outro lado, é importante repisar que o fato da gestação desenvolver-se no interior do corpo feminino tem particular relevância. Se o direito à privacidade envolve o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular, é difícil conceber uma intrusão tão intensa e grave sobre o corpo de alguém, como a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra a vontade⁸¹.

Nesse sentido, Sarmento afirma ainda que o poder individual da mulher sobre seu próprio corpo, bem como a liberdade que lhe assiste para escolher autonomamente os rumos da própria vida permitem que o direito a privacidade seja amplo o suficiente para “compreender o direito da mulher sobre interromper ou não sua gravidez”⁸².

Numa sociedade que se pretende inclusiva, é fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder existentes. Daí exsurge a preocupação especial com os grupos mais vulneráveis, historicamente subjugados na vida social, como os afrodescendentes, as mulheres, os pobres e os homossexuais. A

⁸⁰SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

⁸¹SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

⁸²SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

proteção efetiva dos direitos fundamentais dos integrantes destes grupos é tarefa essencial para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e plural, de acordo com o generoso projeto do constituinte⁸³.

Entretanto, o que se verifica é uma lesão coletiva ao direito de saúde de mulheres brasileiras em idade fértil, decorrente do efeito das normas repressivas, as quais tem eficácia preventiva mínima e não evitam os abortos, mas matam centenas de mulheres, em sua maioria pobres, que se submetem ao procedimento clandestino sem condições de higiene e segurança. Tais normas embebidas pelos costumes de uma sociedade culturalmente machista e racista.

A vedação da igualdade – aqui entendida como o tratamento dado a todos com respeito e consideração – viola direitos, subjugando mulheres e lhes impondo um ônus inerente. A Constituição de 1988 é taxativa: em seu artigo 5º, inciso I, determina que homens e mulheres são iguais. Todavia, a realidade encontra-se bem distante dessa afirmativa.

E se a questão do aborto envolve a igualdade entre gêneros, o mesmo acontece com a igualdade social, já que são as mulheres pobres as maiores vítimas do modelo legislativo hoje adotado. São elas as que mais freqüentemente recorrem ao aborto, seja pela falta de condições financeiras para criar futuros filhos, seja pela maior dificuldade de acesso à educação sexual e aos meios contraceptivos. As gestantes de nível social mais elevado, quando decidem pelo aborto, têm como realizá-lo, apesar da sua ilicitude, com acompanhamento médico e em melhores condições de higiene e segurança. Já as mulheres carentes acabam se submetendo a expedientes muito mais precários e perigosos para pôr fim às suas gestações⁸⁴.

Em decisão recente, proferida em 29 de novembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal durante julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, decidiu por maioria que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não pode ser equiparada ao aborto. Segue abaixo trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

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

⁸³SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

⁸⁴SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. Além disso, a criminalização do aborto causa uma discriminação contra as mulheres pobres, que não podem recorrer a um procedimento médico público e seguro⁸⁵.

Para Barroso, a criminalização viola o princípio da proporcionalidade por não proteger a vida do feto ou impactar no número de abortos praticados no Brasil. Para o ministro, a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais superiores aos benefícios. Barroso destacou que a criminalização não é meio de impedimento para gestações indesejadas, e sim prezar a educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo a mulher.

Tal decisão por si já demonstra que o entendimento do judiciário brasileiro está se renovando e caminhando, ainda que a passos curtos, para uma viabilidade de legalização do aborto no país. Entretanto, a decisão do STF a este HC mobilizou o Congresso Nacional, o qual assegurou criar uma Comissão para rever a decisão, uma vez que não é de competência do Judiciário legislar sobre tal temática.

⁸⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 03/02/2017.

CONCLUSÃO

Diante do previamente exposto e arguido, considera-se constitucional a legalização da interrupção voluntária da gravidez.

Enquanto as possibilidades de interrupção da gravidez estiverem cerceadas por fatores excepcionais daremos espaço para continuidade da criminalização do aborto, negando, dessa forma, os direitos da mulher.

O reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana implica no respeito à autonomia de cada homem ou mulher, que devem ter o poder de tomar decisões fundamentais em suas vidas. Cada pessoa é dotada de racionalidade, capaz de decidir e traçar planos.

A questão do aborto deve ser enfrentada em seu cerne, suscitando a discussão sobre o direito da mulher em interromper a gravidez de qualquer feto. A discussão em torno da inviabilidade fetal é acessória e lesiva na medida em que reafirma a manutenção da decisão nas mãos do Estado, o qual age como dono do corpo feminino e faz conceções aos problemas congênitos do feto⁸⁶.

É possível alterar a legislação e descriminalizar o aborto, legalizando-o dentro de uma regulamentação própria e clara. A Constituição brasileira garante princípios fundamentais e direitos essenciais, como liberdade, dignidade da pessoa humana, vida, segurança, propriedade, etc, inexistindo hierarquia entre esses. Não há nada absoluto, devendo cada caso ser pensado especificamente.

Assim, sob a vertente jurídica, o caso parece envolver uma hipótese de busca por equilíbrio entre os valores constitucionais, no qual deve-se sacrificar minimamente cada um dos bens jurídicos envolvidos, e que atente tanto para as implicações éticas do problema, como para os resultados pragmáticos das soluções propostas.

A experiência já comprovou que a repressão criminal não constitui o meio de proteção mais adequado destas vidas intrauterinas. Ao invés disso, outras medidas são muito mais eficazes e não geram os mesmos efeitos colaterais, como, por exemplo, a

⁸⁶TOTH, Marina. **O aborto criminalizado como regra é inconstitucional**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional>. Acesso em 09/10/2016.

ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para redução do número de gestações indesejadas; a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho, para que as gestantes não sejam confrontadas com a escolha entre a maternidade ou o emprego; e o fortalecimento da rede de segurança social, dentre outras.

É certo que a interrupção voluntária da gravidez não deve ser tratada como método anticoncepcional, entretanto, a proibição do aborto não salva vida de fetos, mas mata milhares de mulheres e impõe graves sequelas a tantas outras. Assim, cabe ao Estado legislar sobre os prazos razoáveis e seguros para interrupção da gravidez e os procedimentos necessários para que as mulheres que assim desejarem interrompam a gravidez de forma segura, digna e legal.

Interessante seria adotar no Brasil, obviamente respeitando sua estrutura jurídica e suas peculiaridades, solução semelhante aos países europeus, os quais legalizaram o aborto voluntário até o primeiro trimestre de gestação e, ao mesmo tempo, criaram mecanismos extra-penais para evitar a banalização da prática, intrínsecos a questão de educação sexual, ao planejamento familiar e ao fortalecimento de proteção social da mulher, promovendo, desta forma, valores e princípios constitucionais.

Outro ponto relevante é sobre a laicidade do Estado, a qual deve ser assegurada e exercida como dispositivo democrático, garantidora da efetivação do equilíbrio dos valores constitucionalmente considerados, barrando argumentações de ordem moral e religiosa, que tentar atribuir à vida uma supremacia que não encontra respaldo constitucional.

Questões atinentes à religiosidade e moralidade devem ser realocadas e relegadas à esfera privada de cada mulher, que considerará suas eventuais crenças e convicções pessoais, de forma íntima, na privacidade de seu lar, ao tomar a decisão de realizar ou não a interrupção da gravidez⁸⁷.

⁸⁷TOTH, Marina. **O aborto criminalizado como regra é inconstitucional**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional>. Acesso em 09/10/2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANIS. Instituto de Bioética. **Pesquisa aborto**. Disponível em <http://anis.org.br/tag/aborto/>. Acesso em 08 de janeiro de 2017.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Meu corpo, meus direitos**. Disponível em http://amnistia.pt/files/MeuCorpoMeusDireitos/Direito_Saude_Sexual_e_Reprodutiva.pdf. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

BARROS, Andréa. SANTA CRUZ, Angélica e SANCHES, Neuza. **Revista VEJA**. Disponível em <http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquise/aborto/1513.html>. Acesso em 02/12/2016, 1997.

BOZON, Michel. **Sociologia da Sexualidade**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004;

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. DEPARTAMENTO DE AÇÕES PROGRAMÁTICAS ESTRATÉGICAS. **Norma Técnica de Prevenção e tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes**. 1. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 1998.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. DEPARTAMENTO DE AÇÕES PROGRAMÁTICAS ESTRATÉGICAS. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes**. Brasília, Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. DEPARTAMENTO DE AÇÕES PROGRAMÁTICAS ESTRATÉGICAS. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica**, Secretaria de Atenção à Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum Saraiva. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Civil. Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002**. In: Vade Mecum Saraiva. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Penal. Lei 2848 de 7 de dezembro de 1940**. In: Vade Mecum Saraiva. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental/ Med.Liminar/-54**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoinicial/verpeticaoinicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em 26 de agosto de 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade/n-3510**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510> Acesso em 20 de agosto de 2016.

BRASIL. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 04 de setembro de 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 03/02/2017.

CARVALHO, Gisele Medeiros. **Aspectos jurídicos penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª ed., vol I. , Coimbra: Almedina, 1985, p. 175.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal, volume 2**: parte especial: Dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts 121 a 212) 6ª Ed.rev e atual, São Paulo, Saraiva, 2005.

CASTRO, C. R. S. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 687-688.

CHIMENTI, R. C.; CAPEZ, F.; et al. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.34.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www.cremerj.org.br/?siteacao=pareceres&def=S&ficha=1&id=3405&tipo=PARECER&>. Acesso em 24 de setembro de 2016.

DEL PRIORE, Mary. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia**. Rio de Janeiro: Jose Olympio, Brasília, DF: Edunb, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EMMERICK, Rulian. **Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia**; Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles – Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007.

EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

GARCIA, M.; GAMBÁ, J. C.; MONTAL, Z. C.(coord). **Biodireito constitucional: questões atuais**. Coleção Biodireito/Bioética. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da Intimidade**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1992.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Carolina Alves Souza de. **Aborto e Anencefalia: Direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2011.

LOREA, Roberto Arriada. **Aborto e Direitos Humanos na America Latina: Desconstruindo o mito da proteção da vida desde a concepção.** Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/abortolorea.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

MARTINS, A. L. e MENDONÇA, L. C. **Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis.** Belo Horizonte: Rede Feminista da Saúde, 2005.

MEDEIROS, Tainah. **Pesquisa revela que uma em cada cinco mulheres já fez aborto antes dos 40 anos.** Disponível em <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/pesquisa-revela-que-uma-em-cada-cinco-mulheres-ja-fez-aborto-ate-completar-40-anos/> Acesso em 19 de setembro de 2016.

MORAES, A. **Direito Constitucional**, 21ª edição, São Paulo, Atlas, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde.** OMS: Suíça, 2ª ed. Traduzido por Silvia Piñeyro Trias. Revisão médica da tradução por Suzanne Serruya. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU Mulheres.** Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/pequim20/>. Acesso em 08 de janeiro de 2017.

OTERO, P. **Direito da Vida. Relatório sobre o Programa.** Conteúdos e métodos de ensino, Coimbra: Almedina, 2004.

PIOVESAN, F. e PIROTA, W. R. B. **“A Proteção dos Direitos Reprodutivos no Direito Internacional e no Direito Interno”.** In: PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição.** Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de fevereiro de 2017.

TARANTINO, Monica. **Aborto: está na hora de o Brasil encarar esse tema.** Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/285170_ABORTO+ESTA+NA+HORA+DE+O+BRASIL+ENCARAR+ESSE+TEMA. Acesso em 19 de setembro de 2016.

TOTH, Marina. **O aborto criminalizado como regra é inconstitucional.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional>. Acesso em 09/10/2016.

VENTURA, Mirian. Palestra **“Princípios de direitos humanos saúde sexual e saúde reprodutiva”**, realizada dia 03/10/2016 no Auditório da UFRRJ – ITR. Três Rios/RJ.