

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LORENA ANTUNES MOURA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL
E OS DIREITOS DA MULHER**

Recife
2021

LORENA ANTUNES MOURA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL
E OS DIREITOS DA MULHER**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução
Cristã como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Renata Celeste Sales e Silva.

Recife
2021

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Moura, Lorena Antunes.
M929d A descriminalização do aborto no Brasil e os direitos da mulher /
Lorena Antunes Moura. - Recife, 2021.
32 f.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Renata Celeste Sales e Silva.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2021.
Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Direito constitucional. 3. Violação aos direitos
fundamentais. 4. Descriminalização do aborto. I. Sales e Silva, Renata
Celeste. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.) FADIC (2021.2-061)

CURSO DE DIREITO
AVALIAÇÃO DE TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

| | | |
|--|--|-------------------|
| ALUNO (A) | Lorena Antunes Moura | |
| TEMA | A descriminalização do aborto no Brasil e os direitos das mulheres | |
| DATA | 15.12.12 | |
| AVALIAÇÃO | | |
| CRITÉRIOS | PONTUAÇÃO | ATRIBUIÇÃO |
| A introdução e conclusão apresentam coerência metodológica? | 1,0 | 0,5 |
| A monografia foi construída coerentemente a partir da metodologia proposta na introdução? | 1,0 | 1,0 |
| Nível de aprofundamento científico da monografia e qualidade das referências | 3,0 | 2,5 |
| Nível de conhecimento científico demonstrado pelo discente na apresentação e arguição oral | 2,0 | 2,0 |
| Nível da monografia quanto às regras básicas de redação | 2,0 | 2,0 |
| Os critérios formais básicos (ABNT) foram seguidos? | 1,0 | 0,5 |
| NOTA | 10,0 (máximo) | 8,5 |
| PRESIDENTE | Renata Celeste | |
| EXAMINADOR(A) | Henrique Weil | |
| MENÇÃO | APROVADA | |

Dedico esse trabalho a todas as mulheres que são vítimas do Estado machista e opressor e se veem obrigadas a ter os direitos fundamentais violados.

RESUMO

A pesquisa em tela busca demonstrar o contexto histórico social em que o aborto está inserido, ao momento em que objetiva analisar pela perspectiva do Direito Penal e Constitucional como a criminalização do aborto no Brasil interfere nos direitos fundamentais da mulher. Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo com o tipo de pesquisa descritiva. Foi adotada a metodologia qualitativa, através de uma abordagem de caráter exploratório, baseada na análise de obras bibliográficas que fosse capaz de responder a hipótese levantada. A partir dessa análise de dados pode-se perceber que a criminalização de práticas abortivas antes do desenvolvimento do sistema nervoso do embrião viola os direitos da mulher, retirando dela a autodeterminação do seu corpo e o seu direito de escolha. A descriminalização do aborto no Brasil é apontada como uma solução para a garantia dos direitos femininos ao mesmo tempo que permite o acesso integral à saúde pública.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Constitucional, Violação aos Direitos Fundamentais; Descriminalização do Aborto.

ABSTRACT

The research on screen seeks to demonstrate the historical social context in which abortion is inserted, at the same time that it aims to analyze from the perspective of Criminal and Constitutional Law how the criminalization of abortion in Brazil interferes with the fundamental rights of women. Therefore, the hypothetical-deductive method was used with the type of descriptive research. The qualitative methodology was aborted, through an exploratory approach, based on the analysis of bibliographic works capable of answering the raised hypothesis. From this data analysis, it can be seen that the criminalization of abortive practices before the development of the embryo's nervous system violates the woman's rights, depriving her of her body's self-determination and her right to choose. The decriminalization of abortion in Brazil is seen as a solution for guaranteeing women's rights while allowing full access to public health.

Keywords: Criminal Law; Constitutional Law; Violation of Fundamental Rights; Abortion Decriminalization.

SUMÁRIO

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 3 |
| 2 | CONTEXTO HISTÓRICO SOCIAL DO ABORTO | 5 |
| 2.1 | Conceito de aborto | 5 |
| 2.2 | Espécies de aborto | 6 |
| 2.3 | Contexto histórico do aborto | 9 |
| 2.4 | O aborto no Brasil | 14 |
| 3 | CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL | 17 |
| 3.1 | Clandestinidade | 17 |
| 3.1.1 | Abortos clandestinos na pandemia | 18 |
| 3.2 | Mortalidade e principais vítimas | 18 |
| 3.3 | Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da mulher | 19 |
| 3.4 | Violação ao princípio da proporcionalidade | 20 |
| 3.5 | Violação aos direitos reprodutivos da mulher | 20 |
| 3.6 | Violação à integridade física e psíquica da mulher | 21 |
| 4 | A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO GARANTIA DOS DIREITOS DA MULHER | 23 |
| 4.1 | A inconstitucionalidade da criminalização do aborto e a descriminalização como remédio jurídico | 23 |
| 4.2 | Países que demonstram a eficácia da descriminalização do aborto | 26 |
| 4.2.1 | Uruguai | 26 |
| 4.2.2 | Espanha | 26 |
| 4.2.3 | Portugal | 27 |
| | CONCLUSÃO | 28 |
| | REFERÊNCIAS | 29 |

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como principal objetivo analisar a partir da perspectiva do Direito Penal e do Direito Constitucional como a descriminalização do aborto no Brasil reflete na esfera dos direitos da mulher.

Apesar de o Brasil ser um país declarado laico, é de possível perceber que os conceitos morais religiosos ainda conseguem influenciar os brasileiros nas mais diversas questões, sejam sociais, políticas e até mesmo jurídicas, vez que o ordenamento jurídico é reflexo destas áreas. Dessa forma, não só pela contrapropaganda religiosa, mas também política, discutir a descriminalização do aborto tornou-se um tabu.

Ocorre que, apesar de ser um tema praticamente censurado da esfera social, não se pode ignorar o contexto atual de insegurança da saúde pública que vivem as mulheres brasileiras, resultado de uma política autoritarista e patriarcal, que além de buscar controlar o corpo feminino utilizando a opressão, não consegue proporcionar segurança às mulheres.

Na verdade, a criminalização do aborto é um dos fatores para o aumento do índice de mortalidade feminina, vez que, por ausência de amparo legal e estatal, todos os dias mulheres colocam suas vidas em risco ao realizarem abortos clandestinos. Sendo assim, questiona-se: a criminalização do aborto no Brasil é uma violação aos direitos da mulher?

Portanto, baseado não apenas em crenças ou visões moralistas sobre o tema, o estudo busca demonstrar a ineficácia do modelo criminalizador, que marginaliza o corpo das mulheres e retira delas a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro, bem como trazer e a relevância da descriminalização do aborto como meio garantidor dos direitos individuais das mulheres brasileiras, protegidos pela Constituição Federal.

Para tanto, foi traçado três objetivos específicos, que são: a) descrever o contexto histórico da criminalização do aborto no Brasil; b) analisar as consequências da criminalização de práticas abortivas; e c) investigar se a descriminalização do aborto no Brasil é o meio para as mulheres adquirirem o direito à autodeterminação dos seus corpos.

Pela necessidade do caráter exploratório subjetivo para entender o se a legislação atual viola os direitos das mulheres ao permitir a tipificação do aborto como procedimento criminoso, a metodologia da pesquisa utilizada no trabalho é qualitativa, ao mesmo tempo que o método é hipotético-dedutivo, haja vista que parte de uma problemática presente do ordenamento jurídico. Ademais, o tipo de pesquisa utilizada é a descritiva, já que busca

descrever o atual cenário da criminalização do aborto no Brasil e seus reflexos nos direitos da mulher.

O presente trabalho é dividido em três capítulos. O primeiro capítulo descreve-se o contexto histórico e social a qual a criminalização do aborto no Brasil está inserida, trazendo os tipos de aborto e mostrando a capacidade da religião e da política de influenciar o pensamento da sociedade quanto ao tema.

No segundo capítulo, analisa-se as principais consequências da criminalização de práticas abortivas, quais grupos são mais afetados e quais direitos são violados.

Por último, o quarto capítulo investiga se a descriminalização do aborto é uma medida garantidora dos direitos da mulher.

2 CONTEXTO HISTÓRICO SOCIAL DO ABORTO

2.1 Conceito de aborto

A palavra aborto tem sua origem etimológica no latim, *abortus*, cujo significado literal corresponde a privação do nascimento. Enquanto isso, o abortamento significa o ato de abortar. Traduzindo-se, o aborto consiste na interrupção da gravidez de forma que resulte na destruição na vida intrauterina que estava em formação por meio de uma prática de abortamento (CAPEZ, 2004).

De acordo com o dicionário da Academia de Ciências de Lisboa (2001), aborto significa “a expulsão do feto antes de terminar o período de gestação e aquele ter razoáveis possibilidades de sobrevivência; feto nascido antes de se ter completado o desenvolvimento e de ter condições de sobreviver”.

No âmbito religioso, a Igreja Católica compreende o aborto como “a morte deliberada e direta, independente da forma como venha a ser realizado, de um ser humano na fase inicial de sua existência, que vai da concepção ao nascimento” (IGREJA CATÓLICA, 1995).

Aplicando o termo nas ciências médicas, o aborto pode ser visto de duas formas. A primeira forma é adotada pela área da obstetrícia, a qual defende que apenas ocorrerá o aborto quando a interrupção da gravidez for realizada até a 21ª semana de gestação. Para essa área da medicina, após esse período, a interrupção da gravidez, voluntária ou não, resultará em parto imaturo ou prematuro. Já a segunda forma, adotada pela Medicina Legal, defende que o aborto ocorre a qualquer momento da gravidez, não havendo para esse ramo os conceitos de parto imaturo ou prematuro (BALDAN, 2017).

Trazendo o termo para a esfera do direito penal, o doutrinador Frediano José Momesso Teodoro ensina que:

O abortamento (*festinatiohomicidii*) é a interrupção violenta da gravidez antes de seu termo natural, com a conseqüente morte do feto, podendo este ser expulso do organismo materno, ou não. A morte do feto poderá ocorrer no interior do ventre de sua mãe ou quando da sua expulsão. (TEODORO, 2008).

Neste mesmo sentido, Greco afirma que:

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto. Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou com uma expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de

gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo (2016).

Ou seja, no mundo jurídico, para que ocorra o aborto faz necessário a existência de dois fatores: a interrupção da gestação em curso antes do momento do parto e, por conseguinte a morte do ser humano que iria nascer. Sem que ocorra um desses dois fatores, não há de se falar em aborto.

Dito isto, o conceito de aborto ainda pode ser subdividido em duas categoriais: o aborto espontâneo ou aborto induzida. Será espontâneo quando a interrupção da gravidez for realizada de forma involuntária pelo corpo da mulher e induzido quando realizada práticas abortivas, provocadas ou não pela mulher. Cabe ressaltar que para a esfera do Direito Penal, o aborto apenas será uma prática delituosa se realizado por induzimento (GONÇALVES, 2011).

2.2 Espécies de aborto

Como dito no tópico anterior, o conceito de aborto de subdivide em duas categorias, em que ele pode ocorrer de forma espontânea ou induzida. Será espontâneo o aborto quando, por razões intrínsecas a vontade da mulher, a gestação for interrompida naturalmente e induzido quando for realizado deliberadamente práticas abortivas.

Fruto dessas duas categorias, o aborto ainda pode ser classificado em seis espécies: natural; acidental; criminoso; permitido ou legal; eugênico; e econômico social.

O aborto natural é uma das espécies de aborto espontâneo e entende-se ser aquele que ocorre involuntariamente à vontade da mulher. Esse tipo de aborto se dá por questões do próprio organismo da gestante, podendo ser elas biológicas, orgânicas ou até mesmo por deformidades que o feto possa apresentar. Os fatores geralmente estão associados a problemas endócrinos, doenças autoimunes e má formação cromossômica (RAMOS, 2020).

Também classificado como aborto realizado de forma espontânea, o aborto acidental ocorre basicamente da mesma forma que o natural. Isto é, ele também ocorre independentemente da vontade da mulher. Todavia, o aborto acidental é causado por fatores não intencionais externos ao corpo da gestante que por si só são capazes produzir a morte da vida ultrainterina, como por exemplo, quedas e batidas de carro. Além dos fatores externos físicos, podemos também elencar fatores emocionais que podem ocasionar a interrupção indesejada da gestação (IBIDEM).

No que concerne ao aborto legal, este é uma espécie de aborto induzido permitido e previsto no ordenamento jurídico brasileiro, onde ocorre a interrupção voluntária da gravidez

praticada por um médico e este se divide em duas subespécies chamadas de aborto sentimental e terapêutico.

O aborto terapêutico ou necessário está previsto no art. 128, I, do Código Penal e é aquele realizado em situações de gravidez de risco, cuja vida da gestante encontra-se em perigo real, sem outro meio para salvá-la. É exatamente isso que ensina Bitencourt:

O aborto necessário exige dois requisitos, simultâneos: a) perigo da vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo a vida da gestante, sendo insuficiente o perigo a saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime [...] (BITENCOURT, 2011).

Já o aborto sentimental, também conhecido como ético, é realizado com cunho humanitário quando a gravidez é resultado do crime de estupro. Nessa situação, nossa legislação entende que a mulher vítima de violência sexual não deve ser obrigada a continuar com uma gestação indesejada e que a relembre o trauma sofrido.

Não é outro, senão o entendimento do art. 128, do Código Penal:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

Outra espécie de aborto permitido no nosso ordenamento jurídico é o aborto eugênico, que é aquele realizando quando exames médicos detectam que o embrião nascerá com má formação ou doenças que lhe impeçam de ter uma boa qualidade de vida, como é o caso de aborto por anencefalia – cuja expectativa de vida extratuterina é de aproximadamente 48h (TEODORO, 2007).

Apesar da legalidade para esse tipo de caso não constar no Código Penal Brasileiro, no julgamento da ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em razão da ausência de cérebro do feto, o aborto nessa situação seria uma condutada atípica, isto pois, no entendimento do relator não se configuraria um crime contra a vida.

Em relação ao aborto criminoso, Bittencourt (2007) o define como interrupção ilícita da gestação, com a morte do embrião, haja ou não expulsão deste, qualquer que seja o seu estado evolutivo, desde a concepção até momentos antes do parto. Ou seja, se trata de outra modalidade de interrupção voluntária da gravidez.

O aborto criminoso está previsto no Código Penal brasileiro nas seguintes modalidades: autoaborto; aborto consentido e o aborto por terceiros.

No que tange o autoaborto, podemos entender ser aquele praticado pela própria gestante, ou seja, trata-se de um crime de mão própria. Portanto a mulher grávida é o sujeito ativo do crime. Cabe ressaltar ainda que essa subespécie de aborto admite a participação, que pode ocorrer a partir do induzimento ao procedimento ou até mesmo com auxílio material (BRASIL, 1940).

Conquanto ao aborto consentido, ele ocorre quando, como o próprio nome já diz, a gestante consente que um terceiro realize a prática abortiva em si. Nessa situação, tanto a gestante quanto aquele que venha a praticar os procedimentos respondem como sujeitos ativos do crime.

Dito isto, tanto o autoaborto, quanto o aborto consentido encontram-se tipificados pelo art. 124, do Código Penal, que diz:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outro lhe provoque:
Pena – detenção de um a três anos (BRASIL, 1940).

Já o aborto por terceiros é a forma mais gravosa do aborto criminoso. Ele ocorre quando um terceiro, sem o consentimento da gestante, provoca o abortamento. Essa situação é gravíssima e o elemento principal da ação é justamente a ausência do consentimento. Disto isto, tanto o feto quanto a gestante os sujeitos passivos do delito (VIANA, 2016).

Para as situações em que ocorrem o aborto por terceiros, o Código Penal prevê:

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena – reclusão, de três a dez anos (BRASIL, 1940).

Por fim, mais não menos importante, trata-se da hipótese de aborto econômico social. Nesse caso, a interrupção voluntária da gravidez ocorre, como o próprio nome já diz, em razão de fatores econômicos. Essa situação é comum entre as mulheres mais pobres, que não possuem condições financeiras para conseguirem arcar com os custos da vida cotidiana, com os custos da própria gestação, bem com os custos que bebê trará após o nascimento. Registros históricos indicam que essa prática foi muito comum entre as gestantes de tribos indígenas quando havia escassez de alimentos.

O aborto social econômico pode ser visto por alguns como uma solução a pobreza, bem como redução da marginalidade do Brasil, vez que esse procedimento conseguiria realizar um controle de natalidade (MELO, 2019).

Acontece que, o aborto econômico social não é legalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, necessitando que as mulheres interessadas em realizar práticas abortivas

com esse pensamento recorram a clínicas clandestinas. Por sua vez, essas clínicas cobram valores elevados, sendo inviável para muitas, que, por esse motivo, se veem obrigadas a prosseguir com outras manobras, como por exemplo, o uso de instrumentos perfurantes (IBIDEM).

Observando esse aspecto, percebe-se que é justamente entre essa camada da população que as práticas de aborto são mais lesivas à saúde da mulher, conforme será demonstrado mais a frente.

2.3 Contexto histórico do aborto

A discussão sobre o aborto não é um assunto recente, vez que o procedimento o é uma prática que vem sendo utilizada de formas distintas a milhares de anos pelas mulheres de todas as épocas e civilizações do mundo, por razões diversas e condizentes com a realidade de cada sociedade.

As principais técnicas utilizadas pelos antepassados eram o uso de ervas com capacidades abortivas, como a Silphium, a Satureja Montana, a Mentha Pulegium e Papiro Ebers. Fazia-se também pressões abdominais e exercícios físicos violentos para que o feto fosse expelido, e, quando essas técnicas não funcionavam, ainda eram utilizados instrumentos mecânicos perfurantes. Devido à natureza dos procedimentos, muitas mulheres tinham suas vidas ceifadas, e quando não, sofriam danos irreparáveis à saúde (GALEOTTI, 2007).

Apesar de não se saber com exatidão qual foi a primeira civilização a praticar a interrupção da gravidez de forma voluntária, há registros que comprovam que a prática vem sendo utilizada desde o século XXVIII, a.C, pela Civilização Chinesa (PACHECO, 2007)

Os registros chineses apontam que pai da medicina chinesa, o imperador ShenNung, entre 2.737 e 2.696 a.C., revelara em um de seus textos uma receita detalhada que servia para a utilização de manobras abortivas. Acredita-se que a receita era realizada a base de mercúrio (IBIDEM).

Outros registros encontrados entre os povos situados na região da Mesopotâmia confirmam que o aborto é milenar. Na Babilônia, o Código de Hamurabi cita a prática como um crime praticado por terceiro e como uma violência contra a mulher. Nessa situação a gestante não respondia pelo delito, mas sim quem a ajudasse e, caso a gestante viesse a falecer em razão do aborto praticado, a pena seria imposta ao filho do agressor (PRADO, 1985).

Além disso, de acordo com Hungria (1981), há comprovação de que os povos Hebreus, anteriormente a Lei Mosaica, não enxergavam o aborto como ato ilícito. Foi somente

a partir do segundo livro da Torá que se passou a aplicar penas para aqueles que, especificamente, em decorrência da violência contra a mulher gravidez, provocassem o aborto. Nessa situação, o Livro de Êxodo previa a pena de multa e nas situações que levam ao falecimento da mulher, a pena de morte.

Posteriormente, no século XIX a.C, com a criação do Código Hitita, houve novos registros acerca das práticas de aborto. Para essa civilização, a interrupção da gravidez realizada de forma proposital também era vista como um crime praticado por terceiro. Por outro lado, as leis hititas, em seus parágrafos 17, 18, e 18b, previam que aquele que desse causa ao aborto de uma mulher, era condenado em pena revertida em pecúnia (PACHECO, 2007).

Há também registros da prática pelos povos indianos e os assírios, que assim como os anteriores, a enxergavam como criminosa. Ocorre que, para essas civilizações, aquelas que praticavam o aborto eram punidas mais severamente. A pena aplicada deixou de ser pecuniária e tornou-se corporal. Os assírios puniam quem realizasse a prática em mulher que ainda não tivera filho, e, caso a prática não tivesse sido consentida pelo genitor, a mulher era condenada a empalação. Portanto, apenas o aborto praticado por terceiro era ilícito, sendo o autoaborto permitido. Quanto aos indianos, o grau do castigo se aplicado no seu máximo poderia resultar em pena de morte (MATIELO, 1996).

Seguindo a mesma linha punitiva que os povos citados anteriormente, os persas também puniam os responsáveis aplicando a pena de morte, sendo que o castigo não era apenas direcionado as mulheres. Pela primeira vez passamos a ver uma sociedade que também castigava o genitor, e isso era resultado da adoção do sistema de repressão familiar (IBIDEM).

Os Egípcios são mais uma civilização entre as quais foram encontrados registros da prática do aborto como ato ilícito. Eles se utilizavam de ervas, como Papiro Ebers, para interromper a gravidez, bem como forma de contracepção (TEODORO, 2007).

Na antiguidade clássica, para os Gregos e Romanos, inicialmente as práticas abortivas eram permitidas, desde que realizadas com consentimento de seus maridos. Isso se dava, pois, para estas sociedades o feto se tratava de uma propriedade do genitor, sendo o aborto clandestino considerado uma lesão ao seu direito de propriedade sobre um futuro herdeiro. Em razão do interesse político nesse caso específico, o aborto sem consentimento poderia ser punido severamente e a mulher submetida a morte (MATOS, 2011).

Acontece que, ainda nesta época havia filósofos que discordavam da corrente majoritária. Segundo Sócrates e Epicteto, a questão do aborto era um direito exclusivo da mulher, onde os homens não deveriam opinar. Já para Aristóteles e Platão, o aborto poderia

possuir utilidade pública, pois estes enxergavam a prática com uma forma evitar o crescimento populacional de forma descontrolada (PACHECO, 2007).

De acordo com Pacheco (2007), Aristóteles recomendava que as práticas abortivas ocorressem até o momento anterior ao feto adquirir alma, enquanto Platão aconselhava que o aborto fosse realizado pelas gestantes com mais de 40 anos.

Em consequência da liberação das práticas abortivas, as mulheres romanas passaram a se utilizar da prática para fins meramente estéticos, resultando em uma queda significativa na taxa de natalidade. O cenário vivido forçou os legisladores da época a declararem a interrupção da gravidez voluntária um ato criminoso. Dessa forma, foi necessária a criação de lei que condenasse em pena de morte as mulheres que se valiam da prática e aqueles terceiros envolvidos – estes como possibilidade de flexibilização -. O dispositivo foi chamado de Lei Cornélia (MATIELO, 1996).

Até esse momento na história, a criminalização do aborto não era vista como uma forma de preservar os direitos do feto, mas sim salvaguardar os interesses patriarcais. Com o decorrer dos tempos e as mudanças sociais das civilizações antigas, mudou-se também a forma em que o aborto era visto, equiparando-se com os conceitos de cada época e cultura (GALEOTTI, 2007).

Quando analisada a questão do aborto para os povos indígenas, por exemplo, é possível perceber que a interrupção voluntária da gestação era realizada por motivações completamente distintas das vistas anteriormente. Para este povo o ato de abortar está intrinsecamente relacionado com a crença e as suas necessidades, além de não serem vistos como eticamente errado ou criminoso. Para algumas tribos, por exemplo, abortava-se na segunda gestação para que o feto servisse de alimento para fortalecer o primeiro filho. Além disso, o aborto também era muito comum quando se havia escassez de comida (PATTIS, 2000).

E, assim como os povos indígenas enxergam o aborto a partir de uma perspectiva religiosa, com o surgimento do cristianismo no século I a.C., os povos de origem cristã passaram a acreditar que o ser humano, inclusive o feto, possuíam uma alma imortal que havia sido dado por Deus. Logo, baseando-se nessa crença, a prática do aborto passou a ser condenada e combatida completamente (PACHECO, 2007).

A afirmação de que o ser humano possuía alma passou a ser discutida por duas correntes contrárias. A primeira delas era influenciada pelo pensamento de São Tomás de Aquino, que influenciado por Aristóteles, defendia que o feto anteriormente ao nascimento não possuía alma, o que fez com que alguns tolerassem a prática. Em contrapartida, a segunda

corrente afirmava que a proteção divina era dada ao feto desde o momento da sua concepção, inclusive, para pensadores da época, o embrião já era passível de batismo (IBIDEM).

Nesse contexto, mesmo se a gravidez causasse riscos para a vida da gestante, os cristãos davam preferência a vida do feto. Para eles, havia de se salvar o feto pois a mãe já havia sido batizada e poderia ir para o céu, enquanto o embrião não (BARCHIOFONTAINE, 1999).

Nesse sentido cabe ressaltar que a Bíblia, no Livro de Êxodo, capítulo XXI, versículos 22 a 25 já considerava que o aborto como completamente proibido:

Se alguns homens renhirem, e um deles ferir uma mulher grávida, e for causa de que aborte, mas ficando ela com vida, será obrigado a ressarcir o dano segundo o que pedir o marido da mulher, e os árbitros julgarem. Mas, se o desfecho desta situação for à morte dela, darpa vida por vida. Olho por olho, dente por dente, pé por pé. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, pisadura por pisadura (BIBLIA, 1990).

Apenas a partir do século XVIII que houvera uma mudança na forma de lidar com o aborto. Com o avanço da medicina, o feto que antes era considerado como uma parte do corpo da mulher, torna-se cientificamente um ser independente de seus corpos.

Diante desse pensamento, e também pelos interesses sociais que a Revolução Francesa despertara nas pessoas, passa-se a dar uma valorização maior a integridade do feto, pois, assim como os romanos queriam dar continuidade a gestação para que o feto se tornasse um herdeiro, a sociedade desta época queria preservá-lo para que ele se tornasse um futuro trabalhador, e, conseqüentemente, mão de obra para o Estado (GALEOTTI, 2007).

Além disso, a partir dos estudos na área da embriologia, além de uma maior preocupação com o feto, houve uma maior preocupação com o bem-estar da mulher, levantando questionamentos sobre as práticas abortivas e os seus riscos para a saúde da gestante, levando os legisladores a punir a prática.

Assim, como os pensamentos da Revolução Francesa induziram o início de uma política criminalizadora do aborto na França, que mais tarde seria ainda mais rígida em decorrência da baixa populacional causada pela Primeira Guerra Mundial, a Inglaterra adotou políticas proibitivas que consideravam o aborto como inaceitável. A motivação para Inglaterra era economia e visava na preservação de um maior número de mão-de-obra possível (PACHECO, 2007).

Em razão da Primeira Guerra Mundial, a mulher passa a desenvolver novos papéis na sociedade, ela deixa de ser uma mera dona e casa e começa a se inserir na sociedade como trabalhadora. Dessa forma, os países socialistas que sofreram influência da Revolução de 1917, a União Soviética principalmente, passam a se preocupar com a saúde das mulheres

trabalhadoras, legalizando a interrupção voluntária da gravidez em 1920. Em decorrência desse ato, a Suécia e Dinamarca, país já menos conservadores por serem protestante, também descriminalização do aborto na década de 30 (PACHECO, 2007).

Já após a Segunda Guerra Mundial, a quantidade de abortos passa diminuir entre os países vencedores. O fato se deu em razão do avanço dos métodos contraceptivos e o advento do anticoncepcional, que, ainda que pouco, afastava, o número de gestações indesejadas (GALEOTTI, 2007).

Por outro lado, os países vencidos na guerra que lidavam com uma grande crise econômica, passam a permitir as práticas abortivas para controlar a natalidade e, conseqüentemente, diminuir a pobreza e miséria. O Japão é um dos países que adota essa política até hoje.

No final da década de 60 e início da década de 70, o movimento feminista passa a ter uma maior repercussão entre os países do hemisfério norte, e questões como o aborto e liberdade sexual feminina começam a entrar em pauta, forçando os legisladores da época a tornarem a prática legalizada. O movimento feminista foi tão repercutido e importante para a descriminalização do aborto na Europa, que até a Itália, sede da igreja Católica, reviu sua constituição, dando as mulheres autonomia aos seus próprios corpos (BARCHIFONTAINE, 1999).

Em relação aos países situados no hemisfério sul, os registros demonstram que a permissão para a interrupção da gravidez de forma voluntária é mais restrita ou totalmente proibida e que uma das principais razões para a adoção desse tipo de política é o forte conservadorismo da Igreja Católica (CHOUZA, 2013).

Diante do exposto, conclui-se que o aborto esteve presente em todas as fases das civilizações ao redor do mundo, independentemente da existência de políticas proibitivas. Para os povos da antiguidade a criminalização do aborto se dava por razões políticas e econômicas. Nesse período o feto era uma extensão do direito de propriedade do genitor e o crime ocorria quando o aborto resultava em uma lesão a esse direito. É exatamente isto que ensina Hungria:

No que se refere aos precedentes históricos, a prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo comum entre as civilizações hebraicas e gregas. Em Roma, a lei das XII Tabuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão do Direito do marido a prole sendo sua prática castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino, e Teodósio, reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio (HUNGRIA, 1981).

Foi apenas no século XVIII com os avanços na área da medicina que o feto deixou de ser uma propriedade e passou a ser enxergado como um ser independente dentro do corpo da mulher, começando-se assim a ter uma preocupação e preservação com a vida do nascituro.

Ademais, pode-se dizer que há uma associação entre a descriminalização do aborto com os movimentos feministas. Vez que os países do hemisfério norte, por serem pioneiros na luta feminista, possuem uma legislação mais liberalista, possibilitando à mulher interrupção voluntária da gravidez de forma segura e legalizada (GALEOTTI, 2007).

2.4 O aborto no Brasil

Assim como nos demais países, as práticas abortivas no Brasil são realizadas desde os séculos passados até a atualidade. Os primeiros registros nos levam para antes da colonização, onde as práticas de interrupção voluntária da gravidez eram praticadas pelas mulheres indígenas por questões relacionadas a crença. Nesse período o aborto não era visto como uma questão moral, muito menos criminosa, sendo uma prática recorrente e comum entre as mulheres indígenas (PATTIS, 2000).

Com a colonização do Brasil, cujas terras eram muito mais vastas que as Portugal, houve uma preocupação por parte dos portugueses em como manter a terra como colônia. Sendo assim, surgiu a necessidade de povoá-la com habitantes de origem portuguesa. Nesse cenário, houve também um controle do corpo feminino para que a mulher servisse apenas como reprodutora e garantisse a expansão dos colonizadores (EMMERICK, 2008).

Nesse sentido, Emmerick afirma que:

A condição feminina no Brasil Colônia está associada aos interesses religiosos, políticos, econômicos e sociais da época, ou seja, estritamente ligada ao projeto da colonização do império colonial português. O Estado português tinha como preocupação central o vazio demográfico do Brasil Colônia, ao passo que a preocupação central da Igreja Católica era com a questão moral no insipiente Estado colonial, construindo uma associação da mulher à imagem da “santa-mãe” (EMMERICK, 2008)

No momento da chegada dos portugueses ao Brasil, a Igreja Católica já condenava as práticas abortivas e punia aqueles que as praticassem. Entretanto, apesar da reprovação pelos católicos, no Brasil colonial o aborto não era considerado crime, o que permitia a mulher a escolha de decidir sobre a sua própria gestação sem precisar de nenhuma autorização do Estado (PRADO, 2004).

A ausência de uma disposição legal que disciplinasse a matéria perdurou até a promulgação do Código Criminal de 1830, que, por forte influência dos pensamentos cristãos, criminalizou o aborto, considerando-o crime contra a segurança das pessoas e da vida:

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas – de prisão com trabalho por um a cinco anos.

Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada.

Penas – dobradas.

Art. 200. Fornece com conhecimento de causa drogas, ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas – de prisão com trabalho por dois a seis anos.

Se este crime for cometido por médico, boticário, cirurgião, ou praticante de tais artes.

Penas – dobradas (BRASIL, 1830).

Para o ordenamento jurídico da época, o aborto criminoso tratava-se de delito cometido por terceiro, de forma consentida ou não pela gestante. Nesse momento o auto-aborto não era tutelado e as mulheres eram isentas de punição, deixando-se entender que essa modalidade era permitida.

Foi apenas com o advento do Código Penal da República de 1890 que o auto-aborto passou a ser compreendido como crime. A criação do novo código manteve as hipóteses do aborto praticado por terceiro, e além de incluir o aborto praticado pela gestante como crime, trouxe a primeira previsão do aborto legal, realizado por médicos nas situações em que a gravidez colocasse a vida da mulher em risco:

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

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

No segundo caso: pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno.

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

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

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

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

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

Pena - de prisão cellullar por um a cinco annos.

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

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

Pena - de prisão cellullar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação

(BRASIL, 1890).

Quanto as modalidades de aborto que conhecemos hoje, elas só foram incluídas no nosso ordenamento com a criação do Código Penal de 1940, nos art. 124 a 128, prevendo as hipóteses de auto-aborto; aborto por terceiro – com e sem o consentimento da gestante -; e o aborto legal.

3 CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

3.1 Clandestinidade

Como dito anteriormente, o aborto é criminalizado no Brasil e é apenas permitido excepcionalmente nos casos previstos em lei. Acontece que a sua ilegalidade não é suficiente para impedir que mulheres o pratiquem de forma clandestina. De acordo com Brito (2021), milhares de mulheres abortam por ano, independente de religião, cor, status civil, idade e classe social.

Dessa forma, as gestantes que não podem realizar o aborto legal por sua situação não estar prevista no Código Penal, acabam por praticar abortos clandestinos. Esses abortos podem se subdividir entre aqueles realizados por médicos ou profissionais da saúde em clínicas clandestinas, mas principalmente por aqueles realizados pelas próprias mulheres ou por pessoas imperitas para realizar o procedimento, praticados geralmente em locais inadequados, sendo assim chamados de abortos inseguros (CARDOSO, 2020).

Realizar abortos em clínicas clandestinas mais sofisticadas custa muito caro e mesmo assim não afasta o risco que as grávidas passam, pois caso o procedimento não ocorra como planejado, as mulheres não possuem a quem recorrer sob o risco de serem processadas penalmente. Diante disso, e como a maioria das mulheres que praticam aborto hoje no Brasil são de classes sociais menos favorecidas, elas optam por outros métodos ainda mais arriscados, como o uso de medicamentos comprados ilegalmente que podem ocasionar hemorragias internas e complicações severas. (MEDEIROS, 2012).

Nesse sentido, Torres afirma:

A proibição não diminui a prática do aborto de forma nenhuma (...). O aborto continua sendo praticado. Hoje, no Brasil, nós temos uma média de 700 mil abortos praticados por ano. Isso não estudos que são feitos cotidianamente, constante comprovando esses dados. Não é possível pensar que criminalizando ou proibindo, o abortamento será condito. Uma em cada cinco mulheres já praticou o aborto. Portanto, o aborto, apesar da proibição, continua a ser praticado. E quando falamos em criminalização do aborto, em morte de mulheres, em consequências deletérias, estamos falando em mulheres pobres (...) que não têm dinheiro para ir em uma clínica e fazer um aborto seguro (TORRES, 2015).

Apesar de ser impossível saber com exatidão quantas mulheres praticam abortos clandestinos no Brasil, em decorrência da própria natureza do procedimento, o G1 divulgou dados obtidos do DataSUS do primeiro semestre de 2020, apontando um total de 80.948 casos de procedimentos realizados após abortos maus sucedidos (ACAYABA, FIGUEIREDO, 2020).

Uma entre as várias causas que justificam o elevado número de procedimentos realizados em mulheres que praticaram abortos incompletos é o constrangimento que muitas gestantes vítimas de abuso sexual passam ao procurar os hospitais pelas vias legais e terem que apresentar boletim de ocorrência e exame de corpo e delito, mesmo que a lei garanta que não há nenhuma exigência na apresentação dos referidos documentos.

Para ilustrar mais a situação, é possível trazer o caso que ocorreu em São Mateus, Espírito Santo, onde uma criança de 10 anos engravidou após ser sexualmente violentada pelo seu tio e precisou recorrer à Justiça para que o procedimento abortivo fosse permitido. Acontece que, mesmo sendo um caso de aborto permitido e autorizado pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, ao ser atendida pelo hospital de São Mateus, a equipe médica responsável pelo caso não quis realizar o aborto, sendo necessário que a criança fosse encaminhada para Recife para realizar o procedimento (JIMÉNEZ, 2020).

É justamente diante de situações como essa que milhares de mulheres, crianças e adolescentes preferem não buscar auxílio médico e realizam as práticas abortivas de forma insegura. Portanto, sendo permitido ou não, a criminalização não impede que abortos sejam realizados clandestinamente.

3.1.1 Abortos clandestinos na pandemia

A pandemia causada pelo novo Corona Vírus acarretou um aumento nos casos de violência sexual no ambiente domiciliar e, conseqüentemente, nos números de gravidezes entre mulheres, adolescentes e crianças. É justamente em virtude desse cenário que foi possível perceber também um aumento nos casos de abortos inseguros (IONOVA, 2020).

Além disso, os relatórios emitidos mostram que durante a pandemia houve um aumento de 30% das mulheres que não conseguiram dar à luz em um hospital. Um dos fatos que se pode explicar esse aumento é que clínicas de especializadas em aborto legal foram fechadas e muitos hospitais priorizaram os casos de Covid 19, negligenciando as necessidades das mulheres e as obrigando a realizarem a prática de maneira insegura (IBIDEM).

3.2 Mortalidade e principais vítimas

A maioria dos abortos clandestinos são realizados por mulheres negras, de baixa escolaridade, solteiras e de classes sociais mais pobres que não podem pagar para realizar um procedimento abortivo com um médico ou profissional da saúde, ficando sujeitas a formas

precárias e arriscadas para se livrar da gestação indesejada. Dessa forma, a capacidade aquisitiva é um divisor de águas quando se trata de mortalidade materna decorrente de complicações abortivas (SILVA, 2019)

Isto pois, mulheres que conseguem pagar para abortar em uma clínica clandestina ou viajar para algum país onde o aborto é legal correm menos riscos que as mulheres marginalizadas e pobres que se submetem a qualquer tipo de violência, sendo também menor o número de mortes. Entretanto, quando falamos de abortos clandestinos sempre há risco de vida às mulheres, independentemente de onde e como ele venha a ser praticado (IBIDEM).

De acordo com os documentos apresentados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade, a criminalização do aborto é a quarta maior causa de morte materna no Brasil, sendo aproximadamente 10 mulheres mortas a cada 100 mil bebês nascidos vivos. Acontece que esse número pode ser muito maior do que o registrado, visto que em muitos casos não há menção a nenhuma prática abortiva na folha de óbito, sendo apenas registradas as complicações do procedimento, como hemorragias e infecções (TOSS, 2019)

Outro ponto importante é que não são apenas as mulheres que praticam abortos induzidos que possuem suas vidas ceifadas em razão da criminalização do aborto, mas também gestantes que sofrem abortos espontâneos. Isso ocorre, pois, essas mulheres possuem medo de procurar o sistema de saúde e serem denunciadas pela prática de aborto criminoso. Diante disso, até as mulheres que deveriam ser devidamente amparadas pelo Estado são mortas ao manter o sigiloso do abortamento e sofrem em silêncio as complicações do procedimento, especialmente as pobres que possuem poucas informações acerca de seus direitos (IBIDEM).

Percebe-se que não é o ato de abortar que resulta em tantos óbitos maternos, mas sim a própria criminalização do aborto.

3.3 Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da mulher

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1^a, III da Constituição Federal Constituição Federal como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Ele versa sobre a garantia do indivíduo viver uma vida digna, justa, de respeito, com honra e moral. É também um princípio que serve como base para outros direitos fundamentais, como a autonomia sobre o seu próprio corpo (FACHINI, 2020).

Dito isto, a autonomia do corpo da mulher é uma autodeterminação, que confere legitimidade para a mulher decidir livremente como lidar com o seu próprio corpo de acordo

com suas vontades e desejos, sem se submeter ao desejo de terceiros. Acontece que ao criminalizar o aborto, o legislador violou o direito da mulher de poder tomar decisões sobre sua própria gestação, que faz parte do corpo feminino.

Nesse sentido, no julgamento do habeas corpus 124.306, Barroso afirma que:

A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo- homem ou mulher- tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir (BRASIL, 2016).

Portanto, a criminalização do aborto não apenas viola o princípio da dignidade da pessoa humana, como também o direito de autodeterminação do corpo feminino.

3.4 Violação ao princípio da proporcionalidade

De acordo com Barroso (2016), “o princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa causa”. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade visa a aplicação de medidas adequadas a fim de evitar excessos que desrespeitem os direitos fundamentais do indivíduo que venha a cometer algum tipo de infração, sendo necessário que haja uma devida proporção entre a sanção prevista pelo legislador e o bem jurídico lesado.

No caso da tipificação do aborto criminoso, há uma relação desarmônica entre o bem jurídico tutelado e a sanção aplicada, pois a medida não é adequada, necessária e proporcional e muito menos eficaz às mulheres que realizam a prática, o que viola o princípio da proporcionalidade. A mulher não deveria pagar com a sua liberdade para se valer da autodeterminação de seu corpo, por pôr em prática o seu direito de escolha.

3.5 Violação aos direitos reprodutivos da mulher

Em decorrência de uma sociedade machista e opressora, durante muitos séculos as mulheres eram tratadas como objetos sexuais para os homens e como meras reprodutoras, não possuindo uma vida sexual digna, prazerosa e acima de tudo consentida. Como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana foi proporcionada à mulher uma autonomia sobre

o seu próprio corpo, mas a mulher também passou a ter o direito de autonomia sobre sua vida sexual e reprodutiva.

Esses direitos ficaram mais evidentes após a Conferência de Cairo, realizada em 1994, onde os direitos sexuais e reprodutivos foram trazidos como direito básico da mulher, podendo ela escolher livremente sobre querer ou não ter filhos, quantos ter e quando tê-los, sem necessitar do consentimento do homem, além de poder ter uma vida sexual ativa, buscando o prazer sexual pela sua própria satisfação.

Acontece que tipificar o aborto como um crime, mesmo que realizado com o consentimento da gestante, retira da mulher a possibilidade de decidir sobre o momento certo em que ela irá querer prosseguir com gestação e força a manter uma gestação a qual ela não deseja, portanto, viola a autodeterminação da mulher.

3.6 Violação à integridade física e psíquica da mulher

A Constituição Federal (1988) em seu art. 5º, III, prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, tratando-se, portanto, da previsão do direito à integridade física e psíquica dos indivíduos.

Por direito à integridade física e psíquica, entende-se ser a proteção do Estado para que a mulher não sofra danos em seu corpo e nem a sua mente. Dito isto, criminalizar o aborto também viola esses direitos, pois ao forçar a mulher a manter uma gestação indesejada é forçar a mulher a ter que enfrentar mudanças significativas em seu corpo decorrentes dessa gestação que ela não quis, sendo assim uma agressão ao corpo feminino (BRASIL, 2016).

Além disso, ao manter uma gestação contra a sua vontade o emocional e psicológico da mulher é abalado. Por si só, a gestação comum altera os hormônios e o estado emocional da mulher, deixando-a mais sensível e vulnerável psicologicamente, e conseqüentemente mais suscetíveis a alterações de humor. Já uma gravidez forçada pode acentuar essa vulnerabilidade e problemas psíquicos mais graves, como a depressão, não aceitação da gestação, ansiedade, e crises de pânico, além da frustração ao ter que abdicar de suas vontades e de seu futuro (IBIDEM).

Nesse sentido, Aurélio afirma:

O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido (BRASIL, 2016).

Ademais, forçar a mulher a passar por uma gestação e pelo parto contra a sua vontade viola o direito à saúde, pois integridade física e psíquica são essenciais para manter a mulher saudável.

4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO GARANTIA DOS DIREITOS DA MULHER

4.1 A inconstitucionalidade da criminalização do aborto e a descriminalização como remédio jurídico

A Constituição Federal é a Lei Maior. Em outras palavras, todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro obedecem ao Princípio da Supremacia da Constituição estando elas subordinadas aos princípios constitucionais, principalmente as normas do direito penal que regulam o poder punitivo do Estado. Acontece que o Código Penal de 1940 ao criminalizar o aborto consentido nos artigos 124 e 126, visando proteger à vida do feto, viola princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, inconstitucional (BRASIL, 2016).

Como visto no capítulo anterior, a Constituição Federal garante a mulher, dentre outros direitos, o direito de autodeterminação do seu corpo e a escolha de quando irá engravidar, mas possuem esses direitos violados em razão da vida do feto que se demonstrar superior à autonomia da mulher, a sua saúde e a sua integridade física e psíquica.

Dito isto, faz-se necessário uma análise do art. 5º, da Constituição Federal, que prevê a inviolabilidade do direito à vida, mas não deixa claro quando a vida é iniciada:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988).

De acordo com Alexy (2015), quando há uma colisão entre princípios é preciso analisar o caso concreto, realizando um sopesamento entre eles, e decidir qual irá se sobrepor, sem que um invalide o outro, devendo ser escolhido aquele que menos mostrar prejuízo e ser mais proporcional e adequado para a realidade. Para o autor a tipificação do aborto como crime é muito mais prejudicial aos direitos da mulher do que uma violação a vida do feto.

Nota-se, portanto, que a criminalização do aborto se mantém hoje em razão de vieses políticos e religiosos e não jurídicos. Isto pois, a justificativa para criminalizar o aborto em qualquer fase da gestação, se dá em razão da adoção da teoria concepcionista, que assim como a Igreja Católica, afirma que a vida se inicia desde o momento da fecundação do ovulo pelo espermatozoide, tendo o embrião desde então “condição plena de pessoa”, e, conseqüentemente, garantido todos os seus direitos constitucionais (ROCHA, 2008).

Acontece que ao mesmo tempo que o ordenamento jurídico adotada a teoria concepcionista para criminalizar o aborto, permite-se no Brasil o uso da pílula do dia seguinte como método contraceptivo de emergência capaz de inibir a ovulação ou, nos casos em que houver a fecundação, a descamação do endométrio, fazendo com que o zigoto não consiga se fixar na parede uterina. Logo, havendo uma contradição no que seria a interrupção voluntária da vida do zigoto.

As pílulas estroprogesterônicas são compostas por dois hormônios sintéticos, um estrógeno e um progestônico, que exercem efeitos contraceptivos pela inibição do desprendimento do óvulo, ao atuar no sistema hipotálamo-hipofisário, alterando a composição do muco cervical, impedindo a subida do espermatozoide em direção ao óvulo. Todavia, tem também como efeitos a alteração da sequência normal das modificações do endométrio uterino, fazendo com que, ainda que houvesse a fecundação, o embrião não tenha a possibilidade de se implantar no útero, e a modificação das Trompas de Falópio, impedindo a passagem do espermatozoide, mas também a descida do embrião para o útero. Como vemos, falhando a contracepção, o aborto é utilizado (SGRECCIA. 2012).

Outro ponto que deixa evidente a influência da religião católica na criminalização de prática abortivas é que para a medicina a vida apenas se inicia após a 12ª semana de gestação, onde há a formação do sistema nervoso central e o desenvolvimento de atividades cerebrais. Portanto, cientificamente falando, sem que haja atividades cerebrais não há de se falar em vida humana do feto, sendo certo que o aborto praticado até a 12ª semana da gestação não violaria o direito à vida previsto na Constituição Federal. É exatamente este o posicionamento do Aurélio, que afirma que “quem não tem cérebro, não tem vida” (BRASIL, 2012).

Dito isto, o Brasil como um país declarado laico não deveria deixar questões religiosas influenciarem o legislador na hora da elaboração de leis e previsão de sanções penais. Nesse sentido, Barroso afirma que:

Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controverso, criminalizar a posição do outro. Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja –geralmente porque não pode– ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um. (BRASIL, 2016)

Os conceitos morais religiosos devem permanecer no âmbito privado, onde cada indivíduo é livre para pensar o que quiser sobre o tema. O que não pode é trazer esses conceitos para dentro do Direito Penal e atribuir uma responsabilidade ao Estado de punir aqueles que os

desrespeitar. Compartilhando a mesma ótica que Barroso, Rosado defende que não seria moral se valer de conceitos religiosos para impedir que mulheres não pratiquem o aborto:

Fundamentalmente, porém, devemos considerar que seria não só extremamente injusto, mas também desumano e mesmo imoral, exigir das mulheres que elas se façam mães, simplesmente porque são dotadas da possibilidade biológica de gestar. A maternidade é plenamente humana quando resulta de uma escolha ética e não de uma imposição genética. O reconhecimento da humanidade das mulheres significa atribuir-lhes o controle sobre sua capacidade biológica de gerar um novo ser. Assim, moral, em uma sociedade, é estender a todas as mulheres o bem significa a possibilidade de interferir no próprio poder criativo, e não deixá-las sujeitas ao capricho de um acidente biológico. Moral, em uma sociedade, é reconhecer as mulheres como agentes morais de pleno direito, com capacidade de escolher eticamente, segundo critérios socialmente aceitáveis como justos. Imoral é que outros – seja o Estado, seja um grupo religioso, seja uma igreja – decidam sobre o que as mulheres podem ou não fazer de seus corpos, de sua capacidade reprodutiva (ROSADO, 2004).

Além disso, é importante destacar que a criminalização do aborto se demonstra ineficaz, pois independente de haver a proibição, milhares de mulheres praticam abortos clandestinos diariamente em locais inseguros, que aniquilam a vida ultra interina e se valendo de práticas que põem suas vidas em risco. Dessa forma, a criminalização do aborto apenas atua como uma das causas de mortalidade materna e restrição das mulheres ao acesso à saúde pública, principalmente as negras e com baixo nível de escolaridade, além de violar diversos direitos fundamentais.

É exatamente esse um dos fundamentos que Barroso sustentou no julgamento do Habeas Corpus 124.306:

O tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos (BRASIL, 2016).

Portanto, a descriminalização do aborto não é apenas o remédio jurídico para que as mulheres possam ter garantidos seus direitos fundamentais e acesso integral à saúde pública, principalmente as pobres e negras que são mais afetadas pela criminalização, mas é também uma medida para salvar a vida de mulheres que morrem por ausência de amparo do Estado.

Ademais, cumpre esclarecer que descriminalizar o aborto não é sinônimo de campanha para que as mulheres o pratiquem com maior frequência. Nenhuma norma é capaz de influenciar o pensamento íntimo do indivíduo. Trata-se de garantir a liberdade de escolha da mulher.

4.2 Países que demonstram a eficácia da descriminalização do aborto

Os dados demonstram que os países que optaram por descriminalizar o aborto nos últimos 20 anos vem apresentando uma diminuição dos procedimentos realizados e o fator da legalização está relacionado com países mais desenvolvidos. O relatório apresentado pelo Instituto Guttmacher aponta que entre os 55,9 milhões de abortos realizados no período entre 2000 e 2014, apenas 6,6 milhões foram realizados em países desenvolvidos (GUTTMACHER, 2017).

O mesmo relatório aponta que nos locais onde o aborto é proibido há um maior número de mulheres adeptas a prática, bem como 40% delas apresentam complicações de saúde, necessitando de um tratamento médico.

4.2.1 Uruguai

O Uruguai previa desde 1938 a possibilidade de a mulher realizar o aborto com autorização do Estado quando a gravidez fosse resultando de estupro, pelo risco de morte que a mãe sofria ou quando a gestante possuísse dificuldades econômicas. Em 2012, após votação do projeto de lei apresentado pelo partido do ex-presidente José Mujica, o Uruguai descriminalizou por completo o aborto provocado até 12^a semana de gestação.

Nos três primeiros anos após a descriminalização, houve um aumento entre o número de mulheres que buscaram o sistema de saúde público para realizarem abortos legais. Entretanto, a partir do 4^o ano, o índice de crescimento em número de abortos caiu de 27% para apenas 2%. De acordo com González, entrevistado por Bourei (2018), esse fenômeno ocorre em razão da confiança que as mulheres depositam no sistema de saúde do Uruguai e por terem deixado de ser realizados na clandestinidade (BOUREI, 2018).

Em 2017, o Ministério da Saúde Pública do Uruguai divulgou um relatório dos índices de mortalidade decorrentes de práticas abortivas demonstrando que após a implementação foram registrados apenas três casos e que todos haviam sido realizados sem a ajuda do sistema de saúde do país. Ficando evidente, portanto, a eficácia da descriminalização do aborto como uma maneira de salvar a vida das mulheres.

4.2.2 Espanha

Assim como no Uruguai, até 2010 a Espanha previa a legalização do aborto em caso de estupro e quando houvesse risco à vida da gestante. Entretanto, após a Lei de Saúde Sexual e Reprodutiva e da Interrupção Voluntária da Mulher, foi permitido que as mulheres espanholas praticassem o aborto até a 14ª semana da gestação, sendo prorrogável até a 22ª semana caso a gravidez se apresentasse como um risco à saúde da mulher e do embrião (BAUREI, 2018).

Após a vigência da referida lei, o número de abortos da Espanha diminuiu. Em 2009, último ano da proibição, ocorreram 111.482 abortos voluntários, enquanto em 2016 ocorreram 93,131 abortos legais. Além disso, percebeu-se também uma diminuição entre as práticas abortivas realizadas por adolescentes até 19 anos, que podem recorrer ao sistema de saúde da Espanha, desde que acompanhadas por seus representantes legais (IBIDEM).

4.2.3 Portugal

A primeira tentativa de descriminalizar o aborto em Portugal foi em 1998, quando foi aprovada uma lei de interrupção voluntária da gravidez. Entretanto, por pressão religiosa e opressão política o aborto continuou a ser criminalizado nos casos em que não houvesse risco à vida da mulher ou gestação decorrente de estupro.

Em seguida, como o crescimento da insatisfação feminina por ter violado o seu direito à autonomia corporal, o aumento da mortalidade de mulheres pobres e de baixa renda que praticavam abortos clandestinos, Portugal descriminalizou o aborto em 2007, com 60% de aprovação por parte da população portuguesa, permitindo que a prática fosse realizada até a 10ª semana de gestação, sendo prorrogável em situações de risco e casos de estupro (BOUREI, 2018)

Assim como no Uruguai, após a descriminalização do aborto em Portugal, houve um aumento nos casos de abortos legais. Entretanto, a explicação para esse aumento foi vista como uma consequência das políticas adotadas pelo Estado dificultar o acesso de homens e mulheres a anticoncepcionais gratuitos, confirmada no ano seguinte (2012), quando os anticoncepcionais voltaram a serem distribuídos normalmente e houve uma queda de 22% de interrupções voluntárias da gravidez. Inclusive, 2012 registou a maior queda após a descriminalização do aborto (IBIDEM).

Desde de 2011, Portugal não registra nenhuma morte materna decorrente da realização ou complicações do aborto, seja ele legal ou clandestino.

CONCLUSÃO

O aborto é uma prática antiga que vem sendo utilizada pelas mulheres das mais diversas civilizações a milhares de anos como uma forma de cessar a gestação indesejada. O assunto se mostrou ser desde sempre de difícil discussão por abordar conceitos éticos e religiosos sobre o direito à vida do feto.

O Brasil optou por criminalizar o aborto nos artigos 124 a 127, do Código Penal de 1940. Acontece que o modelo atual criminalizador e opressor é ineficaz. Mesmo as práticas abortivas sendo proibidas e com pena prevista de até três anos de detenção para as gestantes que praticam, diariamente milhares de mulheres continuam a abortar clandestinamente.

Diante da natureza clandestina em que a maioria dos abortos são realizados hoje no Brasil, é difícil saber com exatidão o número de mulheres que realizam práticas abortivas. Entretanto o número de mulheres, crianças e adolescente, especialmente negras e pobres que morrem pelas complicações resultantes do aborto inseguro faz com que a criminalização do aborto seja a 4ª maior causa de mortalidade materna no Brasil e um problema de saúde pública

A escolha que o legislador fez em criminalizar o aborto em qualquer fase da gestação resulta em uma supervalorização da vida do feto baseada em princípios morais e em uma violação à autonomia corporal da mulher e a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo que se demonstra inconstitucional e desproporcional, uma vez que, cientificamente falando, a vida apenas começa após a 12ª semana de gestação, quando é formado o sistema nervoso central do embrião e o Brasil se declarar como o país laico.

Os países que optaram por descriminalizar o aborto, demonstram eficácia na adoção da medida, vez que o índice de mortalidade materna foi consideravelmente reduzido, inclusive Portugal não registra nenhum caso de morte materna decorrente de complicações oriundas de práticas abortivas desde 2011.

Portanto, é necessário que o legislativo repense a adequação da criminalização do aborto. A descriminalização é condição vital para as mulheres parem de morrer, consigam ter acesso integral à saúde que deveria ser proporcionado pelo Estado e possuam seus direitos fundamentais garantidos, além de ser imprescindível para uma sociedade livre de preconceitos e menos vulnerável aos verdadeiros criminosos.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA. **Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea**, Portugal: Editorial Verbo; 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 3. Triagem. Alemanha: Suhrkamp Verlag, 2015.

BALDAN, Édson Luis. Aborto. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <http://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/410/edicao-1/aborto>. Acesso em 2 jun. 2021.

BAUREI, Aline Gatto. **Portugal, Espanha e Uruguai: o que aconteceu após a legalização do aborto?** Gênero e Número, 2018. Disponível em: <https://www.generonumero.media/portugal-espanha-e-uruguai-o-que-aconteceu-apos-legalizacao-do-aborto/>. Acesso em 14 dez. 2021.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Paulus. 1990.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVENTURE, L. **Apresentação à edição brasileira**. In E. Pattis. Aborto perda e renovação: um paradoxo na procura da identidade feminina (pp. 9-16). São Paulo: Paulus.2000.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brazil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 30 set. 2021.

BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP>. Acesso em 06 out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS, 124.306**. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. Paciente: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Roberto Barroso, 09 de agosto de 2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em 08 dez. 2021.

BRITO, Maria Gabriela Lima. **O aborto e a causa da mortalidade materna**. Conteúdo Jurídico, Brasília, 2021. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/57471/o-aborto-e-a-causa-da-mortalidade-materna>. Acesso em 09 dez. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARDOSO, Baptista Bruno et al. **Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais?** Cad. Saúde Pública 36, Rio de Janeiro, 2020.

CHOUZA, Paulo. **O aborto em dois hemisférios**. El País, 2013. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2013/12/24/sociedad/1387906733_953783.html. Acesso em: 04 jun. 2021.

DE BARCHIFONTAINE. Christian de Paul. **Em defesa da vida humana**. 15. ed. Loyola. 1999.

EMMERICK, Rulian. **Aborto – (Des) criminalização, direitos humanos, democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FACHINI, Tiago. **Princípio da dignidade da pessoa humana: como surgiu e sua importância**. Projuris, 2021. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/principio-da-dignidade-humana/>. Acesso em: 07 nov. 2021

GALEOTTI, Giulia (2007). **História do aborto**. 1. ed. Coimbra: Edições 70, 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012.

GUTTMACHER, Institute. **Abortion worldwide 2017**. Uneven Progress and Unequal Access. Guttmacher, 2017. Disponível em: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/abortion-worldwide-2017.pdf. Acesso em: 13 dez 2021.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume V. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

HUNGRIA, Nelson. **Precedentes históricos, comentários**. 5. ed. São Paulo: Forense, 1981.

IGREJA CATÓLICA. Papa João Paulo II. **Carta encíclica. Evangelium Vitae:** aos Presbíteros e Diáconos aos religiosos e religiosas aos fiéis leigos e a todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida Humana. Vaticano, 1995. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em 05 out. 2021.

IONOVA, Ana. **Pandemia e novas regras dificultam acesso ao aborto legal no Brasil.** Rio de Janeiro: BBC News, 2020. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-54695318>. Acesso em 01 nov. 2021.

JIMÉNEZ, Carla. **Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital.** São Paulo: El País, 2020. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>. Acesso em 01 nov. 2021.

MATIELO, Fabricio Zamprogna. **Aborto e o Direito Penal.** 3. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores. 1996.

MATOS, Fernanda Patrícia Lopes de. **Aborto: liberdade de escolha ou crime?** 2011. Monografia – Universidade Presidente Antônio Carlos UNPAC, Barbacena, 2011. Disponível em: <https://ri.unipac.br/repositorio/trabalhos-academicos/aborto-liberdade-de-escolha-ou-crime/>. Acesso em 04 jun. 2021.

MELO, Poliana. **O aborto e seus principais aspectos.** Revista Jus Navigandi, 2019. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/74592/o-aborto-e-seus-principais-aspectos>. Acesso em 07 out. 2021.

PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto e sua evolução histórica.** DireitoNet, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em: 02 jun. 2021.

PRADO, Danda. **Que é aborto.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAMOS, Rahellen. **Aborto: entenda essa questão.** Politeze!, 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/aborto-entenda-essa-questao/>. Acesso em: 03 jun. 2021.

ROCHA, Renata. **Direito à vida e as pesquisas com células-tronco: limites éticos e jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2018.

SGRECCIA, Elio, apud MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.** São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Vitória Régio da. **Criminalização do aborto causa ao menos um processo na justiça a cada dois dias.** Gênero e Número, 2019. Disponível em <https://www.generonumero.media/aborto-criminalizacao-brasil-um-dois-dias-justica/>. Acesso em 09 nov. 2021.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico: Delito Qualificado pelo Preconceito ou discriminação.** Curitiba: Juruá, 2008.