



**FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ**

MAIARA MARQUES DE MATOS

A DESPENALIZAÇÃO DO ABORTO E A DIGNIDADE  
HUMANA.

PONTA PORÃ

2017

MAIARA MARQUES DE MATOS

A DESPENALIZAÇÃO DO ABORTO E A DIGNIDADE  
HUMANA.

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentada à Banca Examinadora das  
Faculdades Integradas de Ponta Porã, como  
exigência parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Me.Lysian Carolina  
Valdes Silva

PONTA PORÃ

2017

MAIARA MARQUES DE MATOS

# A DESPENALIZAÇÃO DO ABORTO E A DIGNIDADE HUMANA.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

## BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora Prof. (a) Me. (a) Lysian Carolina Valdes Silva.  
Faculdade Integradas de Ponta Porã

---

Prof. Componente da Banca

Faculdade Integradas de Ponta Porã

Ponta Porã \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_.

Em especial a minha maior fonte de inspiração, exemplo e guerreira da vida, minha doce e amada **MÃE**, que nunca mediu esforços para satisfazer minhas vontades e realizar todos os meus sonhos, que graças a força de seu trabalho honesto estou concluindo essa etapa da vida.

Ao meu **PAI**, que me ensina diariamente com sua sabedoria esplendorosa, me orienta a seguir o caminho certo, e me dá todo o suporte emocional para seguir as lições da vida.

A minha **IRMÃ**, por tudo que representa, pela garra e alegria de vida.

A Dalva de Matos *in memoriam*.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus, pelo dom da vida por ter me sustentado durante todo esse trajeto e por me permitir chegar até aqui.

Aos meus amados pais, Cleide Pereira Marques de Matos e Mario de Matos, por serem minha base, por serem meus maiores incentivadores, por terem me ensinado tudo que eu sei até hoje, e por acreditarem e investirem em mim.

A minha doce e frágil irmã Daiara Aparecida Marques de Matos, que mesmo sem saber dizer uma palavra diz tudo com um sorriso.

Aos meus Avós Marilene Pereira Alves e Hernandes Marques, que são de uma importância extraordinária em minha vida, sempre torceram por mim e me apoiaram.

Ao grande amor da minha vida, meu noivo Glauber GeistCenturion, pelo amor e paciência nos momentos que mais precisei, por ser meu alicerce e sempre ter uma palavra de incentivo, por ter me ajudado nesta pesquisa, indo atrás de materiais e autores, a você o meu eterno amor.

Aos meus amigos em especial, Patrícia Ney Mattoso, a melhor amiga, a confidente, fiel e inseparável, obrigada pelos momentos de descontração no decorrer dessa caminhada; André Ferreira Nogueira Júnior que percorre ao meu lado há 17 anos, obrigada por sempre estar comigo; e Adriana Arguello Silva por ser minha conselheira e aquela mãezona de enorme coração dentro da faculdade, obrigada pelas orações, pelas palavras amiga e paciência com meu gênio difícil.

A minha querida e estimada orientadora, Lysian Carolina Valdes Silva, por ser esse exemplo de profissional e acima de tudo ser humano pois nos dias de hoje chamar alguém assim virou uma virtude, obrigada pela paciência, dedicação e por todos os ensinamentos e valores transmitidos. Como a admiro pela mulher que és.

A minha filha de quatro patas, Luma, que inúmeras vezes foi minha única companhia,além dos livros, na madrugada adentro, muito obrigada pelo seu olhar de compreensão,mamãe te ama.

A prestativa e querida auxiliar bibliotecária, Cirley da Silva, por cada minuto de atenção e disponibilização de livro, sem você esse trabalho não chegaria ao fim.

E a todos que de alguma forma contribuíram para a concretização deste trabalho.

**A todos, os meus mais sinceros agradecimentos e respeito.**

## **Mater dolorosa**

Meu Filho, dorme, dorme o sono eterno  
No berço imerso, que se chama – o céu.  
Pede às estrelas um olhar materno,  
Um seio quente, como o seio meu.

Ai! borboleta, na gentil crisálida,  
As asas de ouro vais além abrir.  
Ai! rosa branca no matiz tão pálida,  
Longe, tão longe vais de mim florir.

Meu filho, dorme como ruge o norte  
Nas folhas secas do sombrio chão!  
Folhas dest'alma como dar-te à sorte?  
É tredo, horrível o feral tufão!

Não me maldigas... Num amor sem termo  
Bebi a força de matar-te a mim  
Viva eu cativa a soluçar num ermo  
Filho, sê livre... Sou feliz assim...

-Ave – te espera da lufada o açoite,  
-Estrela – guia-te uma luz falaz.  
-Aurora minha – só te aguarda a noite,  
-Pobre inocente – já maldito estás.

Perdão, meu filho... se matar-te é crime  
Deus me perdoa... me perdoa já.  
A fera enchente quebraria o vime...  
Velem-te os anjos e te cuidem lá.

Meu filho dorme... dorme o sono eterno  
No berço imenso, que se chama o céu.  
Pede às estrelas um olhar materno,  
Um seio quente, como o seio meu.

(Castro Alves, 1883)

MATOS, Maiara Marques de. **A Despenalização do Aborto e a Dignidade Humana**. 81 folhas. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito - Faculdades Integradas de Ponta Porã, 2017.

## RESUMO

Aborto é uma palavra cheia de tabus e preconceitos impostos pela sociedade, não se trata apenas de um tema polêmico que as pessoas evitam falar, se trata do poder do ser humano em dispor de seu próprio corpo, do poder de autonomia, da violação de direitos. Necessita, portanto, um estudo amplo, envolvendo o campo do Direito penal, do Direito Civil, da Constituição Federal, fazendo um liame para entender qual a realidade da sociedade brasileira, bem como suas necessidades. A discussão é antiga, por isso é trabalhada desde os primórdios até o mais recente entendimento do STF sobre o tema, que julgou não ser crime o aborto feito até o primeiro trimestre da gestação. O estudo busca discutir não só os aspectos jurídicos da despenalização, mas sim os aspectos legais, morais e medicinais. A pesquisa busca uma forma de beneficiar a sociedade brasileira com a despenalização do aborto, urge uma solução e uma reflexão das necessidades sociais do ser humano, alcançando e garantindo assim a dignidade da pessoa humana. A despenalização representa um grande avanço na legislação penal do país visto que o Código Penal vigente é de 1940, isso sem mencionar a melhoria da saúde da mulher principalmente aquelas das classes menos favorecidas economicamente, que se submetem aos abortos clandestinos e inseguros.

**Palavras Chaves:** aborto, despenalização, dignidade humana, responsabilidade

MATOS, Maiara Marques de. **The Decriminalization of Abortion and Human Dignity.** 81 sheets. Conclusion of the Law Course - Faculdades Integradas de Ponta Porã, 2017.

## ABSTRACT

Abortion is a word full of taboos and prejudices imposed by society, it is not only a controversial subject that people avoid talking about, it is about the power of the human being to dispose of his own body, the power of autonomy, the violation of rights. It needs, therefore, a broad study, involving the field of criminal law, Civil Law, Federal Constitution, making a link to understand the reality of Brazilian society, as well as its needs. The discussion is old, so it is worked from the earliest days until the most recent understanding of the STF on the subject, which judged not to be a crime abortion done until the first trimester of gestation. The study seeks to discuss not only the legal aspects of decriminalization, but also the legal, moral and medicinal aspects. The research seeks a way to benefit Brazilian society with the decriminalization of abortion, urges a solution and a reflection of the social needs of the human being, thus achieving and guaranteeing the dignity of the human person. Decriminalization represents a major step forward in the country's criminal legislations since the current Criminal Code is 1940, not to mention the improvement of women's health, especially those of the economically disadvantaged classes who undergo unsafe and clandestine abortions.

**Key words:** abortion, decriminalization, human dignity, responsibility.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

|      |                              |
|------|------------------------------|
| ART. | Artigo                       |
| CC.  | Código Civil                 |
| CF   | Constituição Federal         |
| CP   | Código Penal                 |
| HC   | Habeas Corpus                |
| MIN  | Ministro                     |
| STJ  | Superior Tribunal de Justiça |
| STF  | Supremo Tribunal Federal     |
| TJ   | Tribunal de Justiça          |

## SUMÁRIO

|                         |  |                 |           |
|-------------------------|--|-----------------|-----------|
| <b>1</b>                |  |                 |           |
| <b>INTRODUÇÃO</b> ..... |  |                 | <b>12</b> |
| <b>2</b>                |  | <b>CONCEITO</b> | <b>DE</b> |
| <b>ABORTO</b> .....     |  |                 | <b>13</b> |
| 2.1                     | MEIOS DE EXECUÇÃO.....                                   |                 | 14        |
| <b>3</b>                | <b>PRECEDENTES HISTÓRICOS</b> .....                      |                 | <b>16</b> |
| 3.1                     | IDADE ANTIGA.....  |                 | 16        |
| 3.2                     | IDADE MÉDIA.....   |                 | 18        |
| 3.3                     | IDADE MODERNA.....                                       |                 | 19        |
| 3.4                     | O BRASIL COLONIAL.....                                   |                 | 21        |
| 3.5                     | MOVIMENTOS FEMINISTAS HISTÓRICOS NO BRASIL.....          |                 | 23        |
| <b>4</b>                | <b>O CRIME DE ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO</b>         |                 |           |
| <b>BRASILEIRO</b> ..... |  |                 | <b>26</b> |
| 4.1                     | O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....                           |                 | 26        |
| 4.2                     | AUTO ABORTO E ABORTO CONSENTIDO.....                     |                 | 29        |
| 4.3                     | ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO.....                       |                 | 30        |
| 4.4                     | ABORTO CONSENSUAL.....                                   |                 | 31        |
| 4.5                     | ABORTO QUALIFICADO.....                                  |                 | 32        |
| 4.6                     | ABORTO NECESSÁRIO.....                                   |                 | 33        |
| 4.7                     | ABORTO SENTIMENTAL.....                                  |                 | 34        |
| 4.8                     | ABORTO EUGENÉSICO.....                                   |                 | 35        |
| <b>5</b>                | <b>A DESPENALIZAÇÃO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE</b> |                 |           |
| <b>HUMANA</b> .....     |  |                 | <b>38</b> |
| 5.1                     | DIREITOS SOCIAIS.....                                    |                 | 39        |
| 5.2                     | ESTADO LAICO.....  |                 | 41        |
| 5.3                     | SAÚDE PÚBLICA.....                                       |                 | 42        |

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| 5.4      | LIBERDADE SEXUAL.....                          | 43        |
| 5.5      | IGUALDADE DE GÊNERO.....                       | 44        |
| 5.6      | PLANEJAMENTO FAMILIAR.....                     | 45        |
| <b>6</b> | <b>ESTUDO DE CASO.....</b>                     | <b>48</b> |
| 6.10     | STATUS JURÍDICO DO EMBRIÃO.....                | 49        |
| 6.2      | VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES.....        | 52        |
| 6.3      | CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS DA DESPENALIZAÇÃO..... | 54        |
| <b>7</b> | <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>               | <b>58</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS.....</b>                        | <b>61</b> |
|          | <b>ANEXOS.....</b>                             | <b>65</b> |



## 1 INTRODUÇÃO.

Quando um tema é muito controverso, é comum ver as mais diversas reações e pensamentos conflitantes das pessoas, o aborto se encaixa exatamente nesse contexto, sendo um assunto muito polêmico e discutido, porém esta discussão nem sempre é dotada de conhecimento e sim do senso comum, do que se escuta falar, do que se acha ser certo ou moralmente correto.

Atualmente o aborto é considerado crime tendo em vista os artigos 124 a 128 do código Penal, sendo permitido somente nos casos em que a gestação implica risco de vida para a mulher, quando a gestação é decorrente de estupro, e no caso de anencefalia (recentemente julgado pelo STF).

Porém há de se ressaltar que a realidade do Brasil é outra, sabemos que o aborto acontece diariamente, e por inúmeros motivos, e sabe-se também que muitas mulheres são vítimas de procedimentos clandestinos, sem nenhum zelo pela higiene e pela saúde, procedimentos esses que colocam suas vidas em perigo, levando muitas das vezes à morte.

Visando toda a problemática do assunto acima especificado é que se tem a necessidade de ampliar o conhecimento sobre o tema, e para o desenvolvimento da matéria, o trabalho está estruturado em capítulos, onde o primeiro conceitua o aborto; O segundo faz uma linha do tempo dos precedentes históricos; O terceiro fala sobre o aborto na atual legislação pena; O quarto define e aponta quais os direitos violados com a imposição de uma gravidez indesejada; O quinto é o estudo de caso sendo este o entendimento que o STF firmou que praticar aborto nos três primeiros meses de gestação não é crime; E o último são as considerações de toda a pesquisa realizada.

O trabalho tem por objetivo ampliar o conhecimento sobre a prática, sair do senso comum e ir para o senso técnico, entender sobre as representações feministas, as representações de profissionais da saúde, e sobre os direitos sociais a respeito do aborto.

Apontando toda essa repercussão sobre o tema tem se a necessidade então de estudar e entender o porquê não despenalizar o aborto até o terceiro mês assim como a decisão do STF, analisando quais os benefícios para a sociedade brasileira,

e principalmente acabar com os tabus e preconceitos sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, se fazendo valer sua autonomia sobre seu próprio corpo.

## **2 CONCEITO DE ABORTO.**

A palavra aborto vem do latim *abortus*, que, por sua vez, deriva do termo *aborior*. É hoje uma das palavras mais impetuosas, mais carregadas de credices e tabus da nossa linguagem habitual, pois acredita-se que todos conhecem o significado, no entanto existem várias definições para esse vocábulo.

No Brasil o Dicionário Aurélio traz a seguinte definição: “Expulsão de um feto ou embrião por morte fetal, antes do tempo e sem condições de vitalidade fora do útero materno”.

No Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, publicado em 2001, a palavra aborto vem definida de outra maneira: “ aborto/ô/s.m. (1594cf.matriz) 1 MED ação ou efeito de abortar; abortamento 2 MED interrupção prematura de um processo mórbido ou natural 3 OBST feto prematuramente expelido 4 JUR descontinuação dolorosa da prenhez, com ou sem expulsão do feto, da qual resulta a morte do nascituro 5 Fig. Indivíduo disforme, monstro, monstrengo 6 fig. Aquilo ou aquele que não obteve sucesso, que malogrou 7 fig. Trabalho ou produto imperfeito, defeituoso 8 fig. Qualquer coisa rara, anormal ou incomum”.

Na Espanha, no dicionário Larousse temos: “ *Abortar/aborto: Parir antes de tempo. No madurar las frutas. Desaparecer uma enfermedad antes de adquirir su desarrollo normal. // Acción de Abortar. Cosa abortada*”

A Inglaterra em seu dicionário Oxford Learner’s Dictionary de 1978 diz: “Aborto: Expulsão (legal) do feto durante as primeiras 28 semanas da gravidez; O ato de provocar ou ajudar foi visto no passado como um crime na Grã-Bretanha”

Na França antes da lei de 1974 que permitiu a interrupção da gravidez, o dicionário Petit Robert de 1970 define o aborto como: “ Abortamento: Ação de abortar. Med: Expulsão do feto antes do termo natural (mau sucesso) ou provocado. Vulg. Interrupção provocada e clandestina de uma gravidez. O abortamento é punido por lei. Sartre: Um abortamento não é um infanticídio, é um assassinato metafísico”.

Alguns doutrinadores criminalistas conceituam o aborto de outra maneira, Belo(1999, p.19) por exemplo:

Entende-se por aborto o ato de interromper o processo de uma gravidez com a conseqüente expulsão do feto do interior uterino. Etimologicamente, aborto quer dizer privação do nascimento. Advém do latim abortus, onde ab significa privação ortus, nascimento.

Segundo Fabbrini, (2001, p 93) é:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente a expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da expulsão.

Capez, (2012, P.143):

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

Destarte com todos esses significados podemos concluir que não se tem uma uniformidade, porém pode-se abstrair a partir dos conceitos a interpretação e compreender o real significado, pois em alguns países conforme foi exposto obtém-se uma noção mais clara, enquanto que em outros é mantida uma ignorância ou responsabilidade mais tendenciosa, impondo ao conceito um aditivo de preconceitos, uma definição de crime, impressa não somente pelos dicionários, mas pelos responsáveis de meios de comunicação social, por educadores, amigos, familiares, que não buscam a objetividade, mas sim seguem abertamente a um sistema de ideias determinada, a mitologias e tradições.

## **2.1 Meios de execução.**

O aborto criminoso é o grande responsável pela mortalidade materna pois, frequentemente, complica se pela infecção que gera. As consequências mais comuns do aborto para mulher são as hemorragias graves, perfuração do útero, peritonite, infecção, esterilidade e morte materna, além do trauma psíquico.

Existem várias formas de se incorporar o aborto, dentre as quais podemos destacar:<sup>1</sup>

**Aborto por Medicamentos:** Consiste na utilização de drogas uterotônicas (que provocam a contração uterina) e a conseqüente expulsão do conteúdo no útero contido.

**Aborto por Sucção:** Se introduz um tubo de plástico no útero, este tubo é conectado a um aspirador com poder de aspiração vinte e nove vezes maior do que um aspirador de pó caseiro. O embrião ou feto é dilacerado e aspirado.

**Aborto por Sonda e outros Objetos Pontiagudos:** Ingresso de uma sonda, ou qualquer outro objeto pontiagudo no útero, provocando dilatação no colo uterino, contração e conseqüentemente a expulsão do conteúdo no útero contido.

**Aborto por Curetagem:** Faz se uma raspagem no útero com uma cureta, extraíndo partes do embrião ou feto, até o esvaziamento total do útero.

**Aborto por envenenamento Salino:** É inserida uma agulha dentro do abdômen da mãe, perfurando a bolsa d'água e injetando uma solução salina-hipertônica. O feto, que já respira e engole líquido a partir da 11ª semana, fica envenenado e leva, aproximadamente, uma hora para morrer, sendo que às vezes, ainda nasce vivo. O veneno engolido destrói o mecanismo de coagulação do sangue e seu efeito corrosivo queima e "esfola" a pele do feto. É um tipo de aborto muito comum nos Estados Unidos.

**Aborto por Cesariana:** É feito geralmente, entre a 18ª e a 24ª semana de gestação. Consiste na extração do feto, através de uma incisão (corte) no útero, feita via abdominal. Como normalmente o feto é imaturo, portanto inviável, ele não recebe devida assistência e morre.

Além dessas técnicas, existem também ervas medicinais, algumas bem conhecidas pelo repertório popular brasileiro, como arrudas, salvia, cavalinha, cravo misturado com canela, entre outras.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> PAULA, Wilson kraemerde, Aborto: Tradições e contradições, Florianópolis. Papa-Livro, 1996, p.53-54.



Importante destacar que esses meios de execução são decorrentes da prática clandestina, e a prática caseira, sendo a última saída da mulher.

### 3 PRECEDENTES HISTÓRICOS.

Antes de analisarmos como a prática do aborto foi ganhando espaço, é importante ressaltar que o problema do aborto é com certeza das mais repercussivas questões de significação humana e social.

Papaleo (1993, p. 17) afirma que:

No que diz respeito a sua incidência, admite-se que o aborto se tenha registrado na vida dos povos mesmo nos tempos mais distantes da história humana, sendo incontestável. Pouco se sabe, quanto ao aborto, de sua frequência conhecida, mais seguramente de um século e meio mais o menos a esta parte, não se tendo elementos para determinar as proporções que teria alcançado anteriormente.

O acento polêmico de sua discussão de como e onde se iniciou o procedimento, não tem unanimidade, sendo cabível focar o tema nos ângulos da história de uma forma gradativa, despertando interesse no exame da história antiga até a atual.

#### 3.1 Idade antiga.

A Idade Antiga inicia com a invenção da escrita (3500 a.C.) e perdura até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.).

Para a historicidade do aborto, o encontramos como conduta criminalizada pela primeira vez no Código de Hamurabi (p. 186-187):

§ 209 Se um awilum bateu na filha de um awilum e a fez expelir o (fruto) de seu seio, pesará 10 siclos de prata pelo (fruto) de seu seio.

§ 210 Se essa mulher morreu, matarão a sua filha.

§ 211 Se pela pancada fez a filha de um muskênum expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 5 siclos de prata.

§ 212 Se essa mulher morreu, ele pesará ½ mina de prata.

§ 213 Se bateu na escrava de um awilum e a fez expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 2 siclos de prata.

---

<sup>2</sup> SEDICIAS, Sheila, Plantas potencialmente abortivas. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/plantas-abortivas/>> Acesso em 11/10/2017

§ 214 Se essa escrava morreu, ele pesará 1/3 de uma mina de prata.

O aborto sempre foi um procedimento bastante usado pelas mulheres, que, devido a múltiplos motivos, não desejavam gerar uma criança.

Desde a Grécia Antiga, o aborto era habitual e não se limitava, como hoje, a nenhuma classe especial. Filósofos como Platão defendiam o aborto como um direito materno, não condenando o aborto, embora se incluísse no juramento hipocrático a proibição imposta ao médico, de indicar drogas abortivas às suas clientes. Platão em sua obra “A Republica” descreve como seria a Cidade perfeita e, de tal maneira, decide que os pais não saberão quem serão seus filhos e filhas, pois esses pertencerão à Cidade.

O contexto eugênico, nesse conjunto, refere-se à melhor população para a *polis*. Nessa época, as ciências médicas não eram avançadas a ponto de propiciar uma boa vida para aqueles que nascessem portadores de deficiências.

Já Aristóteles defendia a realização de abortos como forma de controle populacional, além de afirmar que “as crianças que apresentassem anomalias deveriam ser largadas para morrer”.

A interrupção da gravidez era ensinada pelas mulheres gregas e romanas junto com as medidas anticoncepcionais, se embasavam principalmente em receitas que incluíam plantas medicinais e outras técnicas como por exemplo o uso do tampão, feito com chumaço de lã embebida em vinho contendo ervas diluídas, tendo como objetivo descolar o embrião da parede uterina onde se aninhou.

Segundo Nelson Hungria (1955, p. 262):

A prática do aborto, é de todos os tempos, mas nem sempre foi objeto de incriminação: ficava, de regra, impune, quando não acarretasse dano à saúde ou a morte da gestante. Entre os hebreus, não foi senão muito depois da lei mosaica que se considerou ilícita, em si mesma, a interrupção da gravidez. Até então só era punido o aborto ocasionado, ainda que involuntariamente, mediante violência.

Para o direito romano, não havia o aborto enquanto conduta criminalizada, ocasião em que o feto era considerado parte do corpo da mulher e, portanto, ela podia dispor livremente de seu corpo, segundo fosse sua vontade. Portanto, quando a mulher grávida era vítima de agressão que não resultasse na sua morte ou

ameaça à sua saúde, geralmente o agressor não era punido, já que a morte do feto não estava tipificada como crime.

Segundo Ivanildo Ferreira (199, p. 193):

Para o direito romano antigo, o aborto não tinha existência autônoma como crime, a Lei das XII Tábuas e as leis republicanas não tratavam da matéria. A conduta era considerada crime contra a mulher, porquanto o ser humano em vida intrauterina era tido como uma porção do corpo da mulher ou parte de suas vísceras.

No direito romano o aborto não era punido na república, nem durante os primeiros tempos do império e foi assimilado ao homicídio somente a partir da época de Sétimo Severo.

Na liderança de Sétimo Severo existiu, contudo, uma alteração nesse entendimento, e o aborto passou a assinalar-se ofensa à possibilidade de prole do pai, pois a este não cabia nenhuma influência sobre o feto, uma vez que o concebido era considerado parte do corpo da mulher. Nessa época, o homem passa ser o principal interessado no produto da concepção e, por isso, foi criado um tipo penal, o aborto, para proteger o direito do homem a ter descendentes.

Nessa passagem, o aborto, que abarca a mulher e o feto, foi transformado em crime para resguardar o destaque de virilidade do homem.

### **3.2 Idade média.**

Ocorreu entre os anos de 476 e 1453, entre os séculos V e XV, foi um período histórico de quase um milênio que começa com a tomada do Império Romano pelos hérulos e chega ao seu fim quando os turco-otomanos conquistam a cidade de Constantinopla.

Na idade Média, autores do abortamento e seus cúmplices eram condenados à morte, a tortura do culpado antes do enforcamento era imposição das leis dos juízes, irredutíveis em seu dogmático rigor, que tinha de ser para exemplificação dos demais.

A Penalidade do Aborto na Idade Média configurou-se, bancando, no entanto, uma distinção fundamentada na doutrina de Aristóteles e no posto de Santo Agostinho, entre feto animado e não animado. Só ficaria punível o aborto, se o feto fosse dotado de alma, o que se atingia ocorrer quarenta (40) dias após a concepção, segundo fosse homem ou mulher.

Não existia, porém, concordância sobre a adjacência em que se podia considerar animado o feto; para uns, se dava no quadragésimo dia de gravidez; para outros, no sexagésimo dia ou ainda no terceiro mês.

São Basílio, por sua vez, firmando-se na versão de Vulgata, não admitia distinção alguma, pois para ele a prática do aborto era sempre um crime praticado.

Galdino Siqueira (1947, p. 238) gradua que:

Era impossível, na prática, indicar o início da gravidez, até mesmo para a própria mulher. E daí porque embora se mantivesse a distinção, procurou-se outro embasamento para a mesma, sendo estimado como decisivo o começo dos movimentos do feto no ventre materno.

A diferenciação era, por outro lado, rebatida por alguns doutores da Igreja, os quais confrontavam o aborto ao homicídio cruel da pessoa fraca, que deveria ser reprimida com a morte.

O Cristianismo trazia o conceito no sentido de que o feto, mesmo no ventre materno, embora não se possa reputar como pessoa no seu sentido jurídico, representa um ser a quem a sociedade deve proteger e garantir o direito à vida.

Os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio aperfeiçoaram o antigo direito e assimilaram o aborto criminoso ao homicídio, consistindo em até mesmo a pena do Culeus. Essa diretriz arrumada pelo Cristianismo, foi aceita por quase todos os povos civilizados, acarretando nas legislações, unicamente as penalidades impostas aos infratores, que iam desde a pena capital até mesmo à simples multa.

### **3.3 Idade moderna.**

Começa em 1453, quando Constantinopla é tomada pelos turcos otomanos, e termina com a Revolução Francesa.

Nessa época se lutava para o abrandamento da pena para facilitar as condenações e pela descriminalização total ou parcial, movidos por esses movimentos o Código Russo e o Código Uruguaio adotaram como forma legal o aborto, porém foram revogados poucos anos depois.

Em 1955 o legislador Russo voltou com a mesma liberação apesar dos efeitos perniciosos, pois poucas legislações admitiam livremente o aborto consentido e procurados pelas gestantes. A maior parte procurava, uma descriminalização parcial, no sentido de tornar legal o aborto, só quando realizado sob especificadas e determinadas circunstâncias.

Após a Revolução Francesa, passou-se a acreditar que um país poderoso era aquele com muitos habitantes. Cada criança era um futuro soldado, trabalhador, contribuinte. Ser mãe era questão patriótica.

Giulia Galeotti(2007, p. 89) sobre o tema escreveu:

O feto foi transformado em entidade autônoma pelas descobertas científicas e, à luz das necessidades políticas, em futuro cidadão, sendo o papel da mulher reconsiderado, por sua importância para projetos nacionais, tendo como principal função gerar filhos para a nação que não espera outra coisa de sua parte.

Antes do Séc. XIX, os filhos eram quase sempre um bem, antes que a fonte de ônus e deveres, quando se nascia um filho nascia um braço a mais para o trabalho quena época era voltada para a lavoura e para o pastoreio, e como a doutrina cristã que predominava era o Cristianismo a prática era absolutamente condenável e castigado.

Assim como atualmente a prática naquela época variavam de acordo com as posições e com as sociedades, de acordo com fatores socioculturais, econômicos, e religiosos, configurando comportamento nem sempre constante ou uniforme.

A União Soviética está entre os países pioneiras a legalizar o aborto, a prática era gratuita e sem restrição para a mulher que estivesse no primeiro trimestre da gravidez.

Logo após a Islândia legalizou o aborto por motivos médicos e sociais. Sua legislação enfatizava que a mulher poderia solicitar o pedido de aborto por falta de

renda, planejamento familiar ou apenas ausência de condições mentais para ter um filho.

Na mesma década de 30, o aborto foi legalizado no México, Polônia, Dinamarca e Suécia, sendo nos dois primeiros com restrições em caso de gravidez decorrente de estupro e de risco de vida para a mãe, restrição esta parecida com o do Brasil.

Devido à alguns avanços a prática foi se espalhando pela América do Norte, Europa e Ásia, existindo uma variedade de permissões variando de acordo com a localidade, pois cada país tem sua cultura, e legislação própria.

### **3.4 Brasil colonial.**

Ocorreu no período colonial entre os séculos XVI e XIX, em que o território brasileiro era uma colônia do império e sua principal atividade era volta para a exploração do pau Brasil, os portugueses necessitam de mão de obra para o trabalho e começaram a escravizar os índios.

Nessa época os índios costumavam fugir das missões jesuítas devido à segregação em que viviam, pela violência que sofriam dos missionários e pela miséria. Perante dessa falta de apoio e base econômica, muitas famílias se diluíram, o que fez majorar a mortalidade infantil e diminuir a taxa de natalidade, sendo esta também originada pelos abortos praticados pelas mulheres indígenas na falta de maridos e pais que lhes dessem ajuda.

Mediante a oposição dos religiosos a prática ficou cada vez mais difícil, foi então quando os portugueses partiram para suas colônias na África e trouxeram os negros para trabalharem nos engenhos.

As mulheres trazidas da África eram incumbidas dos mais diversos serviços sendo o alvo principal de estupros e abusos sexuais incessantes, sem terem oportunidade de alçar sua voz contra essa brutalidade, surgia então o aborto como ato de oposição e resistência.

Os abortos das mulheres negras escravizadas não eram somente para livrar seus filhos do cativeiro e violência, era também uma rejeição em não produzir mais mão de obra escravizada, pois na época os senhores que cuidavam dos escravos alimentavam a ideia de que era preciso trata-las bem para que ficassem felizes e

reproduzissem pequenas escravas e escravos que seriam criados desde pequenos nos moldes de escravidão violenta, por isso o aborto era mais uma recusa das escravizadas em parir filhos frutos de violência sexual, elas faziam das poucas lacunas que lhe restavam um escudo de abrigo e proteção a si mesma e aos demais.

Os métodos de abortos consistiam em chás abortivos ou métodos mecânicos aplicando golpes na barriga, pulavam de grandes alturas, carregavam fardos pesados, arrastavam a barriga no chão, provocavam vômitos e diarreias, e até mesmo chegavam a introduzir objetos pontiagudos no útero, tais como fusos de roca, broches de ferro, colheres, canivetes, entre outros.

As mulheres também faziam uma pasta de acácia e casca de árvores e passavam em um tufo de algodão e usavam como um tampão que era inserido dentro do canal genital, e impedia a gravidez. Tanto o algodão como a acácia têm propriedades espermicidas. A acácia fermenta e se transforma em ácido láctico, enquanto o algodão servia de barreira entre o sêmen e o útero, as escravas também mastigavam raízes de algodão para prevenir a gravidez. A raiz de algodão diminui a produção de progesterona, um hormônio que é necessário para a gravidez.

Por ser um costume muito comum nessa época a vendedora de arruda nas ruas, era conhecida como vendedora de ervas abortivas, pois o chá de arrudaum efeito bastante efetivo para provocar a menstruação. Consequentemente, em casos de gravidez, é um risco muito grande, pois estimula a contração das fibras musculares do útero, causando forte hemorragia e até a morte.

Diante da prática devastadora a igreja católica tentou interferir, criou uma campanha de moralização do sexo, exigindo-se a regulamentação das relações através do matrimônio, e a extinção das práticas abortivas, sendo aquela que abortava submetida a pressupostos de manterem ligações extramatrimoniais ilícitas.

Mary Del Priore em sua obra “ A árvore e o fruto: Um breve ensaio histórico sobre o aborto. ” Classifica o aborto como uma mancha capaz de oxidar o belo retrato que se queria fazer das mães.

Costa (1983, p. 165) afirma:

As Mulheres acusadas de práticas abortivas foram também, inúmeras vezes, as escravas. Para os médicos higienistas, o aborto e o abandono das crianças, filhos de escravos, estavam ligados à

tentativa de livrá-las da escravidão. Esta afirmação é comprovada pela redução do número de expostos, após a lei do Ventre Livre.

A Lei do Ventre Livre, também conhecida como “Lei Rio Branco” foi uma lei abolicionista, promulgada em 28 de setembro de 1871 (assinada pela Princesa Isabel). Esta lei considerava livre todos os filhos de mulher escravas nascidos a partir da data da lei. Diga-se de passagem, que com o advento da lei a prática abortiva diminuiu.

### **3.5 Movimentos feministas históricos no Brasil.**

Por volta dos anos 70 do século XX surge o um movimento feminista muito importante, o momento histórico foi marcado pela ditadura militar. Por ser um momento delicado, o assunto não conseguiu fazer parte da agenda política do movimento, tanto pelas condições repressivas da ocasião quanto pelas restrições impostas pelas uniões dos novos movimentos sociais.

Em 1975 foi criada pela ONU (Organização das Nações Unidas) o Ano Internacional da Mulher, sendo realizados vários eventos, para discutir o comportamento e o papel da mulher na sociedade brasileira. Sendo esse “o primeiro momento do debate público sobre o feminismo no Brasil”, o que propiciou o panoramapara o início do movimento feminista brasileiro, ainda intensamente caracterizado pela luta política contra a ditadura militar.

Foi na década de 70, que o tema da violência contra as mulheres foi estimulado, pois várias manifestações públicas foram realizadas pelas feministas. E, diferentemente do contexto internacional, como por exemplo a França, em que o direito ao aborto foi conquistado ainda nos anos 70, no Brasil somente na década de 80 o movimento assumiu publicamente a bandeira em amparo ao aborto tomando uma atitude mais impositiva.

Passando para a década de 80 temos a primeira campanha para a descriminalização do aborto no Brasil, liderada pelos grupos feministas da época, tendo como argumento a questão da saúde, gênero, sexualidade e reprodução.



Nos anos de 1979 e 1989 foram apresentadas propostas, para descriminalizar o aborto, assim como para acrescentar os permissivos legais.

Essa época foi marcada pelo fortalecimento da bandeira feminista, porém com crises políticas acerca do tema dos direitos reprodutivos da mulher. Segundo Ávila E Corrêa(2003, p.157):

O movimento da bandeira feminista é assinalado por importantíssimas discussões sobre mulher e saúde, como as que aconteceram durante as Conferências do Cairo (1994) e em Beijing (1995), momentos em que o aborto foi reconhecido internacionalmente como problema de saúde pública e em que foi solicitado aos países que o penalizam que revissem suas leis, requerendo atenção aos abortos inseguros.

A Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM), vinculada à Presidência da República e com atribuição de Ministério, tem à sua frente, a partir de 2004, a Ministra Nilcéia Freire e foi criada através da medida provisória número 103/2003, quando o atual Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, tomou posse no governo brasileiro, em janeiro de 2003.

A SPM foi gerada objetivando desenvolver ações ligadas com todas as Secretarias Especiais e os Ministérios, tendo por desafio a incorporação de questões específicas das mulheres nas políticas públicas e a instituição de condições essenciais para a plena cidadania.

Em relação aos movimentos sociais, foram criadas, em fevereiro de 2004, em Brasília, “as Jornadas Brasileiras pelo Direito ao Aborto Legal e Seguro”, ampla articulação política feminista pelo acesso ao aborto legal e seguro, segundo a decisão da mulher, em reunião organizada e coordenada pela Rede Feminista de Saúde e realizada sob a coordenação metodológica do Instituto Patrícia Galvão – Comunicação e Mídia. De modo a estabelecer parcerias com diversas instâncias governamentais e explorando uma trajetória que atravessa todo o governo federal, “a SPM enfrenta as desigualdades e diferenças sociais, raciais, sexuais, étnicas.

Relembrando os projetos de lei que passaram pelo Congresso Nacional nesta última década, Rocha (2006) observa que, entre os anos de 1999 e 2003, foram destacadas 33 propostas, muitas com reações “conservadoras”. Ainda nesse ínterim, foram apresentados projetos sobre o tema da malformação fetal.

Vale destacar que, em 2004, a questão da interrupção da gravidez por anomalias fetais, mais especificamente por anencefalia, foi uma das discussões que tiveram grande repercussão tanto na mídia como em vários setores da sociedade. À época, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Marco Aurélio de Mello, autorizou, em 01 de julho de 2004, a interrupção da gravidez de feto anencefálico. Essa liminar dispensava a autorização judicial para realizar o aborto no caso específico, inclusive desobrigando os profissionais de saúde a exigirem tal autorização. Do mesmo modo, tanto os profissionais de saúde como as gestantes não seriam penalizados legalmente, uma vez que, de acordo com o Código Penal, o aborto é classificado como “crime contra a vida”.

Segundo Rocha (2006, p. 68), a discussão do aborto se acentuou nesta década, primeiramente “como uma reação à discussão do aborto por anomalia do feto e, depois, diante das atividades da Comissão Tripartite e da apresentação do seu anteprojeto à Câmara”.

Em 2006, ano eleitoral, conforme destacou Ângela Freitas, embora o tema do aborto fosse colocado em pauta, foi dada prioridade aos debates que envolveram a política econômica e a segurança pública, dentre outros assuntos, ficando a abordagem sobre os direitos reprodutivos um tanto suspensa na invisibilidade. Somente em 2007 outros acontecimentos em torno da discussão sobre o aborto.

#### **4 O CRIME DE ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

Devemos começar este capítulo pela denominação, pois para alguns legisladores o termo correto é abortamento, pois a palavra aborto se refere apenas ao produto da interrupção da gravidez.

Abortamento também é o termo correto, empregado nos meios médicos. Aborto é uma corruptela da palavra, de uso corrente, e a definição obstétrica do abortamento é: a perda de uma gravidez antes que o embrião e o posterior feto (até à 8ª semana se diz embrião, a partir da 9ª semana, feto) seja potencialmente capaz de vida independente da mãe. Esta é a definição mais objetiva.

Já outros doutrinadores entendem de outra forma, Adriano Marrey (2007, p 209) por exemplo entende que:

O termo legal – aborto – é melhor, quer porque está no gênio da língua dar preferência às formas contraídas, quer porque é o termo de uso corrente, tanto na linguagem popular como na erudita, quer, por fim, porque nas demais línguas neolatinas, com exceção do francês, diz aborto.

Diante do estudo optou-se por utilizar as palavras “abortamento/aborto”, por entender que a palavra “abortamento” expressa mais as questões que envolvem a

temática. A palavra “aborto”, como definição, corresponde ao produto da concepção eliminada.

#### **4.1 O Código Penal brasileiro.**

Aprovada em 1603, as Ordenações Filipinas, foi um conjunto de diversos artigos divididos em cinco livros que legislavam sobre questões civis, morais, criminais, entre outras, a lei era a palavra do rei e qualquer ato que ia contra a lei, qualquer crime, era um crime contra o rei.

Segundo Fragoso (1978, p.70):

O livro V defendia os crimes e as penas, a punição deveria ser “a inscrição da vontade do soberano no corpo do condenado”. As penas, nesta legislação, variavam de multas, confisco de bens, degredo, galés, passando pelas penas supliciais até uma imensa variedade de tipos de morte. Algumas vezes, as penas se estendiam à família (como o confisco de bens e a desonra) ou ao próprio condenado após sua morte (esquartejamento, exposição ou queima do cadáver, proscricão da memória).

Nas Ordenações Filipinas não havia nenhum artigo referente a aborto ou a infanticídio, o que não significa que quem cometesse aborto ou infanticídio não pudesse ser punido de outra maneira, Era recomendado que mulheres grávidas que perdessem a aparência de gravidez sem, contudo, apresentar alguma criança, ou mulheres que escondessem a gravidez fossem observadas pelos “quadrilheiros”, uma espécie de polícia moral, e reportadas à Justiça, pois essas atitudes poderiam ser indicativo de aborto ou infanticídio.

Em 1830 o Código Criminal do Império do Brasil, foi a primeira legislação penal do Brasil independente. Projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, a legislação penal brasileira não previa punição para o aborto praticado pela gestante, mas o decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890 reformou o antigo Código Criminal e aumentou as hipóteses de punição. O auto aborto, o aborto com o consentimento e sem o consentimento da gestante e o auto aborto em razão de desonra, foram

tipificados como condutas passíveis de punição. Nesse diploma, há a primeira hipótese de aborto legal ou necessário 'para salvar a gestante de morte inevitável'.

Por fim o decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, trouxe, como principais alterações: o aborto, quando provocado com o consentimento da gestante, se esta for menor de 14 (quatorze) anos, dependendo do seu estado mental e da existência de vício de consentimento, será igualado na pena ao aborto praticado sem o consentimento da gestante.

O legislador tipificou a prática do aborto nos artigos 124 a 128 do código Penal.

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

**Art. 124** - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro.**

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

**Forma qualificada**

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

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

**Aborto necessário**

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

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

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

Portanto a lei vigente prevê e pune os crimes de auto aborto e consentimento no aborto (art. 124), aborto sem consentimento da gestante (art. 125) e aborto com o consentimento da gestante (art.126), tendo como objetividade jurídica a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina desde a fecundação do óvulo, pois segundo HUNGRIA a vida intrauterina se inicia com a fecundação ou

constituição do ovo ou seja a concepção, protegendo também a vida e a integridade corporal da mulher gestante no caso do aborto provocado por terceiro sem seu consentimento.

O aborto é um crime doloso, portanto é imperioso que o agente queira o efeito ou assume o risco de produzi-lo. Não há crime de aborto culposo, e assim, a imprudência de mulher grávida que causa a interrupção da gravidez não é conduta punível. O terceiro que, culposamente, causa o aborto, responde por lesão corporal culposa.

O aborto é crime que deixa resquícios, sendo imprescindível a checagem de sua existência material por meio de exame de corpo de delito. Não sendo admissível o exame pericial direto, por terem desaparecido, ressalta-se que a palavra da grávida não basta por si só, para tal fim.

Por outro lado, não há crime na interrupção da gravidez tubária, ovárica ou patológica, pois são casos em que a gravidez não pode chegar ao termo ou o produto degenerado da fecundação de um óvulo, não tem possibilidade de destino humano, portanto não tem relevância alguma ter havido prática tipicamente abortiva se o laudo pericial concluir que a gravidez não era viável por se tratar de uma concepção frustrada que gerou embrião degenerado, inapto para produzir uma nova vida.

#### **4.2 Auto aborto e aborto consentido.**

É tratado como delito a primeira parte do artigo 124 do Código penal, quando a própria mulher pratica a interrupção da gravidez, empregando em si mesma o método abortivo, em que na maioria das vezes consiste em ingestão de medicamentos, porém podem consistir em quedas intencionais, esforços físicos excessivos a fim de provocar o aborto, utilização de brinquedos contraindicados a mulheres grávidas, como *kamikaze*, etc.

Na segunda parte do artigo, é disciplinado o aborto consentido, em que a agente é incriminada por “consentir que outrem lho provoque”. Neste caso a gestante não pratica o aborto em si mesma, mas consente que o agente o realize.

Basta a anuência da gestante para configurar o crime, é uma modalidade comum do aborto onde a mulher procura um médico, uma parteira, ou uma amiga para realizar nela o ato. Existem pessoas que não são da área médica e se especializam na prática do aborto consentido, mediante cobrança, que são os casos das clínicas clandestinas.

A pena imposta a gestante é diferente da imposta ao terceiro, dispõe Fernando Capez (2008, p.128-129):

É uma exceção à teoria monística, prevista no artigo 29 do Código Penal que diz que, de qualquer modo, concorrer, para o crime incide nas penas e estas cominadas, na medida de sua culpabilidade, assim acredita que todos os participantes (coautor e partícipe) de uma infração incidem nas penas de um único e mesmo crime.

Damásio faz uma observação: “ Deve ver-se que a gestante consente na provocação e o terceiro o provoca”, os verbos dos tipos são consentir e provocar. Se o sujeito intervém na conduta de a gestante consentir, aconselhando, deve responder como partícipe do crime do artigo 124 do Código Penal. Agora, se, de qualquer modo, concorrer no fato do terceiro provocador, responderá como partícipe do crime do artigo 126 do Código Penal.

#### **4.3 Aborto provocado por terceiro.**

Aqui o agente provoca o aborto sem o consentimento da gestante, sendo ela no caso vítima do crime, a pena cominada é mais grave (reclusão, de três a dez anos), está previsto no artigo 125 do Código Penal

Esta modalidade pode se caracterizar em duas hipóteses:

1. Quando não houve, no plano fático, qualquer autorização por parte da gestante, o que se dá, por exemplo, quando o agente agride uma mulher grávida para causar o abortamento, ou, ainda quando, clandestinamente, introduz substância abortiva na bebida dela.
2. Quando houve, no plano fático, uma autorização da gestante, mas tal anuência carece de valor jurídico em razão do que dispõe o próprio texto. É o

que se dá nas cinco hipóteses elencadas no artigo 124, parágrafo único, do código Penal:

- **Emprego de fraude:** O médico a mando do pai da criança em gestação, fala que irá realizar um exame de rotina, pede para a gestante se deitar e ficar tranquila e acaba realizando o aborto. Descoberta a farsa o médico e o pai da criança respondem por aborto sem o consentimento;
- **Grave ameaça:** É a promessa de um mal grave, inevitável ou irresistível;
- **Violência:** É o emprego de força física;
- **Gestante menor de 14 anos;**
- **Gestante alienada ou débil mental.**

Existirá esse crime e não o do artigo 126 do Código penal, quando for empregada pelo agente a força (violência), a ameaça ou fraude, Mirabete cita exemplos (2012, p 61):

Exemplos seriam os casos de convencer a gestante de que está praticando uma intervenção cirúrgica para remover um tumor ou de fazê-la ingerir um abortivo supondo que se trata de um medicamento apenas para ajudá-la com a retirada do tumor.

Presume-se não haver o consentimento da gestante, aplicando – se o dispositivo em estudo, quando 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”. A menor de 14 anos, presume-se, tem desenvolvimento mental incompleto, não podendo consentir validamente. Também não é válido o consentimento do alienada (que sofre doença mental) e da débil mental (com desenvolvimento mental retardado).

#### **4.4 Aborto consensual.**

O consentimento é quando existe uma livre vontade, de forma a que seja tomada uma atitude para que um fim seja alcançado, é uma maneira de concordar e conceder aprovação a alguém.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> SIGNIFICADOS, o que é consentimento. Disponível em <<https://www.significados.com.br/consentimento/>> Acesso em 14/11/2017.



Está no artigo 126 do Código Penal, e para a existência do crime é necessário que este perdure até a consumação do ato. Caso a gestante que inicialmente, havia prestado consentimento se arrepende já na sala própria para a realização da manobra abortiva e pede ao agente que não o faça, mas este prossegue a execução do crime, responderá por crime de aborto sem o consentimento, restando atípico o fato em relação à gestante que havia retirado o consentimento e foi forçada ao ato.

O consentimento para ser válido de ser livre e espontânea, sendo:

**Consentimento válido:** A gestante tem que ter capacidade para consentir e não é a capacidade civil é a vontade real da gestante desde que juridicamente relevante.

**Consentimento Inválido:** São as hipóteses elencadas no parágrafo único do artigo 126, onde o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça, ou violência contra a gestante.

Esta modalidade do aborto constitui um crime comum, pois de ser cometido por qualquer pessoa, por médico ou qualquer um que saiba realizar ato abortivo, sendo possível a participação de até mesmo da enfermeira que presta assistência a um médico no instante em que ele realiza a curetagem abortiva.

Pedro Lenza (2011, p.155) assim dispõe:

A gestante incorre em crime mais brando (artigo 124, 2ª parte do Código Penal), por ter consentido no aborto, descrito no artigo 126, veja-se, contudo, que a pena mínima deste crime é também de um ano, permitindo a incidência do benefício da suspensão condicional do processo, caso presentes os demais requisitos do artigo 89, da lei 9.099/95.

A legislação brasileira adota a teoria unitária ou monista, onde todos que concorrem para o resultado criminoso devem responder pelo mesmo crime, assim todos os envolvidos deveriam responder pelo mesmo crime no caso em análise, contudo nosso legislador entendeu que as condutas têm gravidades distintas e, por isso resolveu criar uma exceção à referida teoria.

#### **4.5 Aborto qualificado.**

Qualificadoras são circunstâncias legais específicas, ligada diretamente ao tipo penal incriminador, elaboradoras da elevação da faixa de aplicação da pena, em patamares prévia e abstratamente estabelecidos, aumentando de forma concomitante o mínimo e o máximo previstos para o crime.<sup>4</sup>

O artigo 127 do Código Penal prevê as formas qualificadas do crime de aborto, sendo elas:

1. Ocorrendo lesão grave, a pena é aumentada em um terço
2. Ocorrendo Morte a pena é duplicada.

É evidente que o resultado mais grave (lesão corporal grave ou morte), condição de maior punibilidade, não deve ter sido requerido, nem mesmo eventualmente, pelo agente, pois nesses casos deverá responder por crime de lesões corporais ou homicídio, em concurso com o aborto.

Diante os índices de aumento serem consideravelmente razoáveis, é pacífica a interpretação de que o dispositivo em exame é exclusivamente preterdoloso, ou seja, só pode ser reconhecido quando a morte ou a lesão de natureza grave forem decorrências culposas do aborto ou dos meios empregados para praticá-los. De tal modo como existe dolo no aborto e culpa no resultado agravador, inevitável a conclusão de que se trata de crime preterdoloso.

Pedro Lenza (2011, p.162) cita exemplos:

São hipóteses muito corriqueiras no dia a dia, pois um grande número de abortos é realizado por pessoas sem experiências na área médica, com instrumentos inadequados ou em locais em que não é possível o socorro à gestante em caso de complicação decorrente da manobra abortiva. Por isso são frequentes hemorragias ou infecções das quais decorrem a perda da capacidade reprodutiva (lesão grave) ou a morte.

Em consequência do que dispõe o artigo 127 do código Penal, se o autor do aborto provocar a morte da gestante, terá sua pena dobrada. Suponha-se que tenha havido consentimento da gestante para o aborto, hipótese configuradora do crime do artigo 126, que é apenado com reclusão, de um a quatro anos. O evento morte fará

---

<sup>4</sup>Nucci, Guilherme. Qualificadoras e Privilégios. Disponível em: <[www.guilhermenucci.com.br/dicas/qualificadoras-e-privilegios](http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/qualificadoras-e-privilegios)> Acesso em 14/11/2017.

com que tal pena seja dobrada, alcançando os limites de dois a oito anos, confirmando que o resultado morte não foi aqui prognosticado a princípio de dolo.

Não obstante, é possível que o aumento seja aplicado quando o aborto não se consuma, mas a gestante sofre lesão grave ou morre. É evidente tratar-se de hipótese extremamente rara, porém, ela é viável na medida em que há duas vidas em pauta. Com efeito, é possível, no plano fático, a realização de ato abortivo na fase final da gestação e que o feto, em razão disso, seja expulso com vida e sobreviva, mas a gestante sofra hemorragia e morra. Nesse caso, aplica-se o redutor tentativa em relação ao aborto e, em seguida, o acréscimo da pena decorrente da morte culposa da gestante.

#### **4.6 Aborto necessário.**

O aborto necessário ou terapêutico é uma modalidade prevista no artigo 128 do Código Penal, visa salvar a vida da gestante, sendo permitido quando a gravidez acarreta sérios riscos de vida à mulher,<sup>5</sup> são causas excludentes de culpabilidade ou punibilidade e exige dois requisitos:

**1) Que não haja outro meio senão o aborto para salvar a vida da gestante:** Ocorre nos casos de gravidez tubária, não é necessário que haja situação de risco atual para a gestante, pois, para tal hipótese, já existe a excludente do estado de necessidade. Assim, é evidente que, se nos primeiros meses da gestação os exames demonstrarem que o crescimento do feto poderá provocar a morte da gestante por hemorragia nos meses seguintes, não faz sentido aguardar que o risco se concretize para só nesse momento realizar o aborto.

**2) Que seja realizado por médico:** A Exclusão da ilicitude com base neste dispositivo pressupõe que a manobra abortiva seja feita por médico, pois conforme já mencionado, não há situação de risco atual para a gestante, havendo tempo para que a intervenção seja feita por profissionais habilitados na área da medicina, que, além disso, dão os únicos que podem interpretar os exames e concluir pela existência de risco futuro para a vida da gestante em razão da gravidez.

---

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. V. II, São Paulo, Atlas, 2008, p. 62

Pedro Lenza(2011, p.163) afirma:

Se, todavia, existir perigo atual para a gestante, estando ela prestes a morrer em decorrência de complicações na gestação, qualquer pessoa poderá realizar a intervenção abortiva a fim de lhe salvar a vida, estando, nesse caso, acobertada pela excludente do estado de necessidade de terceiro.

Decidiu-se pela existência do estado de necessidade no aborto praticado por moça solteira, que engravidara, sob a alegação de que, sendo admitidos os meios anticoncepcionais, não se compreende que o aborto também não o seja pelo menos nos primeiros dias da concepção, antes que o feto manifeste vida.

#### **4.7 Aborto sentimental.**

Está autorizado pelo inciso II do artigo 128 o aborto sentimental (ou ético ou humanitário), que é aquele que pode ser praticado por ter gravidez resultado de estupro.

Mirabete justifica a norma (2012, p.64):

Porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado. Além disso, frequentemente o autor do estupro é uma pessoa degenerada, anormal, podendo ocorrer problemas ligados à hereditariedade.

Para que o médico pratique o aborto não há necessidade, evidentemente, de existência da sentença condenatória contra o autor do estupro e nem mesmo de autorização judicial. Deve ele submeter-se apenas ao Código de Ética Médica, admitindo como prova elementos sérios a respeito da ocorrência do estupro (boletim de ocorrência, declarações, atestados, etc.).

Não há menção na lei sobre a necessidade de autorização judicial para a prática do aborto sentimental, não há legítimo interesse num pedido com tal finalidade.

Se o médico for induzido a erro inevitável por parte da gestante ou de terceiro sobre a ocorrência do estupro, que não se verificou, não responderá pelo crime de aborto.

Antes da vigência da lei nº 12.015, de 07/08/2009, tratando-se de estupro com violência presumida, nos termos do revogado artigo 224, bastava para se ter como configurado o aborto sentimental a prova da causa legal (menoridade, alienação mental, etc.). Solução semelhante deve ser adotada em face da lei vigente, que não prevê a violência como circunstâncias elementar do tipo no crime de estupro de vulnerável, o qual se consuma com a simples prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa que ostenta aquela condição.

É suficiente, assim, para a caracterização de aborto sentimental nessa hipótese, que se comprove que a vítima do estupro é menor de 14 anos. A mesma lei passou a prever a gravidez resultante de crimes sexuais como causa de aumento de pena., nos termos do artigo 234-A, III.<sup>6</sup>

#### **4.8 Aborto eugenésico.**

Entende-se como aborto eugenésico ou eugênico aquele que é executado sob a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves.

Existe uma tendência à discriminação do aborto eugênico em hipóteses específicas, com o argumento de que não se deve impedir o aborto em caso de grave anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo.

A inviabilidade da vida extrauterina do feto da existência da possibilidade de aborto terapêutico e outros no reconhecimento da excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa.

No dia 12 de abril de 2012, o STF reconheceu que não é crime o aborto dos fetos anencéfalos, a chamada anencefalia é uma grave malformação fetal que resulta da falha de fechamento do tubo neural (a estrutura que dá origem ao cérebro e a medula espinhal), levando à ausência de cérebro, calota craniana e couro cabeludo. A junção desses problemas impede qualquer possibilidade de o bebê sobreviver, mesmo se chegar a nascer.

Desde o entendimento do STF, foram ocorrendo várias jurisprudências com base na decisão, podemos ver:

---

#### **<sup>6</sup> Aumento de pena**

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: III - de metade, se do crime resultar gravidez; e

#### Ementa

HABEAS CORPUS. FETO ANENCEFÁLICO. ABORTO EUGENÉSICO. PEDIDO DOS IMPETRANTES PARA QUE SEJA RECONHECIDO O DIREITO DO PACIENTE (NASCITURO). À COMPLETA GESTAÇÃO. SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. ESCLARECIMENTO DA GESTANTE DE QUE NÃO MAIS PRETENDER REALIZAR O ABORTAMENTO. ULTERIOR PETIÇÃO DOS IMPETRANTES NA QUAL PUGNAM PELA PREJUDICIALIDADE DO HABEAS CORPUS, ANTE O TRANSCURSO DO PRAZO DO ALVARÁ JUDICIAL. WRIT PREJUDICADO.

1. Na hipótese, o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Santa Adélia/SP proferiu, em 09/02/2011, sentença por meio da qual autorizou Gestante a submeter-se "aos procedimentos médicos necessários para a antecipação/interrupção do parto". Tal autorização ocorreu após a realização de exames pré-natal e de ultrassom, em hospital público municipal, que constataram a "má formação fetal do crânio, denominada pela medicina como anencefalia".

2. Levado em mesa para julgamento na sessão do dia 7 de junho de 2011, esta Turma, à unanimidade, entendeu por bem converter o feito em diligência, para que a Gestante fosse ouvida sobre seu desejo de proceder à intervenção cirúrgica, ou se teria dela desistido. Em juízo, no dia 9 de junho de 2011, esclareceu a Grávida que desistiu do procedimento.

3. Outrossim, conforme esclarecem os Impetrantes, em petição na qual posteriormente pugnam pela prejudicialidade do writ, a interrupção do parto fora autorizada por intermédio de alvará judicial expedido em 10 de fevereiro de 2011, cuja validade era de 120 dias. Ultrapassado tal prazo, resta configurada a ulterior ausência de interesse na tramitação do presente writ.

4. Habeas corpus prejudicado, cassando a liminar anteriormente deferida.

#### Acordão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o pedido, cassando a liminar anteriormente deferida. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Apontam-se que, para uma incidência de aproximadamente um caso a cada mil nascidos vivos no Brasil e cerca de 50% dos fetos anencéfalos apresenta parada dos batimentos cardíacos fetais antes mesmo do parto<sup>7</sup>, morrendo dentro do útero da

<sup>7</sup> SENADO, senado notícias. Anencefalia. Anencefalia fetal: causas. Consequências. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>> Acesso em 15/11/2017

gestante, sendo apenasmm pequeno percentual desses fetos que apresentam batimentos cardíacos e movimentos respiratórios fora do útero, funções que podem persistir por algumas horas e, em raras situações, por mais de um dia. O diagnóstico pode ser dado com total precisão pelo exame de ultrassom e pode ser detectado em até três meses de gestação.

## **5 A DESPENALIZAÇÃO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.**

Previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer condição ou classe, seja ele de nacionalidade, sexo, religião, posição social etc.

Dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal:

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

Esse princípio é considerado como o nosso valor constitucional soberano, nessa seara PINHO (2006, p. 63) define que “O valor da Dignidade da pessoa

humana deve ser entendido como o absoluto respeito aos seus direitos fundamentais, assegurando-se condições dignas de existência para todos”.

Nunca existiu uma época em que o homem permaneceu afastado de sua dignidade, mesmo que ainda não a conhecesse como uma qualidade ou como um atributo conatural da pessoa, sempre o exerceu.

A importância da proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito é decorrência da evolução do pensamento humano.

Jayme De Altavila (2001, p,11) classifica o direito como um direito reflexo do tempo, com a seguinte frase: “*Os direitos sempre foram espelho das épocas*”. O homem sempre foi um fio do tecido social, ou uma lasca da linha de cumieira das civilizações, ou seja, o direito sobre as devidas mutações de acordo com a época em que se vive de acordo com as necessidades da sociedade.

O progresso que o Direito Constitucional exibe hoje é resultado, em parte, da afirmação dos direitos fundamentais como centro da proteção da dignidade da pessoa, pois foi a partir da Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais tiveram um avanço significativo, estes passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se concerne a ideia democrática, como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, torna-se o artefato referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. O ser humano não pode ser tratado como simples objeto, devendo ser respeitado e garantido seus direitos.

## **5.1 Direitos Sociais.**

A constituição Federal de 1988 não tratou sobre o aborto de forma expressa, não proibiu e nem liberou, porém, a principal argumentação contra a despenalização do aborto é o direito à vida inserido em nosso artigo 5º.

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



Em contrapartida temos o artigo 6º da Constituição Federal.

**Art. 6º** - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Nesse campo temos então a questão social a ser analisada, pois se uma jovem pobre que engravida indesejavelmente tiver que ter a criança, como é que fica esta mesma criança depois, será mesmo que ela terá tudo aquilo que o ESTADO lhe garante ser seu direito, sendo que nem a própria mãe tem.

Pinho (2006, p.66) sobre os direitos sociais:

Observa-se que, dentro da sistemática adotada pela constituição brasileira, o termo “Direitos fundamentais” é gênero, abrangendo as seguintes espécies: Direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direitos nacionais, e direitos políticos. As Constituições escritas estão vinculadas às declarações de direitos fundamentais.

Podemos a partir disso fazer uma análise dos principais direitos que são elencados no artigo 6º da Constituição Federal, começando pelo:

**Direito à educação:** Se a educação é um direito de todos, sendo o Estado e a FAMÍLIA detentores do dever de promover e incentivar visando o desenvolvimento da pessoa, como será possível uma família que precisa desde cedo trabalhar para garantir seu sustento, fazer com que todos estudem e tenham o referido desenvolvimento adequado, o Estado infelizmente não consegue ter esse controle, pois apesar de dar suporte o número de crianças e adolescente que não frequentam a escola só vem aumentando.

**Direito à saúde:** É garantido mediante a políticas sociais e econômica, visando à redução de risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Cabe ao Poder Público também as ações de saúde, o qual sabemos muito bem que é precário, não tem hospitais para toda a população, diariamente faltam médicos para suprir as necessidades da sociedade, outro direito social garantido que não é repassado com a devida qualidade.

**Direito à alimentação:** Para garantir a realização do direito à alimentação adequada o Estado brasileiro tem as obrigações de respeitar, proteger, promover e prover a alimentação da população.

Vários programas sociais também já foram criados para combater a fome no Brasil, dentre eles a fome zero, contudo não supriu toda a demanda, se nem o Estado que tem o dever legal de prover a alimentação como é que uma mãe que muitas das vezes sem trabalho, sem estudo, sem uma moradia descente irá garantir a alimentação ao seu filho, a fome é muita das vezes o ponto crucial para o mundo da criminalidade.

**Direito à moradia:** Parte da ideia também de Dignidade da pessoa humana, direito à intimidade e à privacidade e de ser a casa asilo inviolável, o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada.

Digna é o que menos se vê, o Estado pode até promover programas sociais com o intuito de oferecer residências para as pessoas humildes e carentes, mas como sempre não é o suficiente sempre haverá uma família morando na rua, mães com recém-nascidos no colo procurando um lugar para se abrigar, e os que conseguem um lugarzinho geralmente são em baixo de alguma lona improvisada, viadutos, sem o mínimo de dignidade.

**Direito ao trabalho:** É um instrumento que assegura a todos uma existência honesta. O Estado deve fomentar uma política econômica não recessiva, tanto que, dentre os princípios da ordem econômica, destaca-se a busca do pleno emprego, porém sabe-se que o desemprego é um problema atual.

Aos poucos que conseguem estudar, cursar uma universidade, quando saem dela se deparam com o a falta de emprego, falta de oportunidade.

Um país que não pode manter seus filhos não tem o direito de exigir seu nascimento, a ameaça que o Código Penal traz é ineficaz porque o aborto raramente é punido, a proibição apenas leva a mulher a entregar-se a profissionais inescrupulosos.

## **5.2 Estado laico.**

A Constituição de 1824 estabelecia a Católica Apostólica Romana como a religião do Império, permitindo apenas o culto doméstico para as outras crenças. Essa descriminalização foi abolida com a proclamação da república.

Desde o séc. XIX, o Estado brasileiro não possui uma religião oficial, mantendo-se imparcial e indiferente no que se referem os assuntos religiosos.

Vecchiatti (2008, p.11):

O Brasil é um Estado Laico, o que significa que não se confunde com nenhuma religião, não adota uma religião oficial, permite a mais ampla liberdade de crença, descrença e religião, com igualdade de direitos entre as diversas crenças e descrenças e no qual fundamentações religiosas não podem influir nos rumos políticos e jurídicos da nação.

O princípio laico garante o respeito à livre associação religiosa, contudo não autoriza qualquer descriminalização religiosa a impor percepções morais sobre as leis e políticas públicas.

Contudo uma das principais justificativas para a não despenalização do aborto é o julgamento das doutrinas religiosas, pois a maioria delas considera esse tipo de intervenção como um ato moralmente condenável, exceto nos casos em que não há outro meio de salvar a vida da gestante.

Porém, sabendo que essa decisão afeta um âmbito restrito, o do indivíduo, ou o familiar, existe, em algumas delas, a preocupação de implementar ações políticas que incentivem a opção por levar a termo a gestação, desestimulando assim, o aborto.

Apesar de defenderem a vida a partir do momento da concepção, algumas religiões já estão atentas ao fato de que a simples sacralização da vida não apresenta resultados práticos para aquelas mulheres que simplesmente não têm condições socioeconômicas de gerar uma nova vida.

### **5.3 Saúde pública.**

De forma genérica, avaliações apontam que das 210 milhões de gravidezes anuais no mundo, 46 milhões delas são interrompidas de forma induzida, e as motivações variam.<sup>8</sup>

Das 46 milhões interrupções de gravidez, 19% são realizadas de forma clandestina. O aborto inseguro é um grave e decorrente problema de saúde pública que coopera para os altos índices de mortalidade e doença materna.

A existência desses abortos inseguros, ocasionam problemas de saúde como, perfuração do colo do útero e outras lesões que podem ocasionar morte da mulher ou sua esterilidade, alterações da capacidade uterina que favorecem a ocorrência de gravidez ectópica, dentre outros problemas nas futuras gravidezes, hemorragia, embolia pulmonar, infarto e sequelas psicológicas, e até mesmo a histerectomia (retirada do útero) sendo esta última a quinta causa de internação hospitalar de mulheres no Sistema Único de Saúde – SUS.<sup>9</sup>

A Pesquisa Nacional sobre Aborto (PNA) aponta que mais de um quinto das mulheres já realizou um aborto, havendo internações devido a complicações do procedimento em cerca de metade dos casos.<sup>10</sup> Essas mulheres na maioria dos casos necessitam de acompanhamento posterior e justificam a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez como um problema de saúde pública requerendo, portanto, a rediscussão dessa questão a fim de garantir os direitos de acesso à assistência e prevenção na área da Saúde.

Apesar de vários postos de saúde espalhado pelo Brasil distribuírem contraceptivos, a sua tecnologia não apresenta limites no que se refere à eficácia, ocorrendo de tal forma a gravidez indesejada que não decorre apenas do sexo forçado ou “irresponsável”, como se costuma dizer.

A consequência dessa gravidez indesejada e não planejada vai ser uma mulher que irá se submeter aos tratamentos durante a gravidez fornecido pelo SUS – Sistema único de Saúde, do qual também se sabe que não consegue atender a demanda.

---

<sup>8</sup> BRASIL, agência. Uma em cada cinco mulheres fará um aborto até os 40 anos, indica pesquisa; 2017. Disponível em: <agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/indica-pesquisa> Acesso em: 15/11/2017

<sup>9</sup> SAÚDE, Ministério da. Dados e indicadores da saúde. Aborto, saúde da mulher. 2017. Disponível em: <portals.saude.gov.br> Acesso em: 18/11/2017

<sup>10</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Pesquisa Nacional do Aborto 2016. Ciência. Saúde Coletiva. Vol 22, Ciência & Saúde coletiva.

No ponto de vista da saúde pública a despenalização do aborto não pode ser adotada como medida avulsa. Precisa ser acompanhada de políticas amplas e efetivas de saúde reprodutiva que avalizem e garantam o acesso ao pré-natal, parto, puerpério, assistência à anticoncepção, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis – inclusive Aids – e outras necessidades de mulheres (e de homens) relativas a este campo da saúde.

#### **5.4 Liberdade Sexual.**

Com o avanço do campo medicinal foram surgindo pílulas e métodos contraceptivos, dando uma maior liberdade sexual das mulheres, e enterrando assim os dogmas de que o sexo é apenas para procriação, fazendo com que elas sejam donas de seus próprios corpos e decidam quando irão querer filhos.

No entanto a política incriminalizadora do aborto busca forçar as mulheres que engravidam a levar a gestação até ao final. Obrigando a mulher se submeter a uma “maternidade compulsória” essa lógica é influenciada por muitas doutrinas religiosas, que só admitem o sexo para a procriação, conforme já foi dito.

Sobre a liberdade Aristóteles (1999, p.57) define:

As ações praticadas pelo homem, revela que a origem desses atos se encontra no próprio indivíduo, cada ser humano é responsável por suas escolhas e, conseqüentemente, pelas ações decorrentes delas. É evidente que o homem é a origem de suas próprias ações

A liberdade sexual, portanto, decorre da liberdade dos atos que dispõe o ser humano. A penalização do aborto também não deixa de ser uma estratégia moral e legal, de controle da sexualidade das mulheres, já que apenas elas engravidam nas relações sexuais, e se somente elas engravidam porque somente elas não podem decidir sobre seu corpo, sobre sua vida, sobre seu momento ideal para se ter um filho.

É um absurdo que milhares de mulheres que apelam ao aborto ilegal a cada ano no Brasil sejam condenadas e aprisionadas. Ao oposto do que aludem as posições dogmáticas, a criminalização não protege a vida do feto e, especialmente, provoca riscos e danos para as mulheres. Nesse sentido, desrespeita seu direito a uma vida digna e plena.

Pode se observar que em vários países, como no Brasil, o aborto é permitido no caso do estupro, confirmando o traço de controle. Na linhagem, esta exceção não tem como finalidade proteger a integridade das mulheres, mas sim evitar o nascimento de uma criança cuja vivência poderia ameaçar a “honra” e o patrimônio familiar, visto que uma pessoa que estupra não pode ser normal, e seus genes poderiam passar para a criança. O estado não quer mais um “problema” para a sociedade, permite então o aborto para sanar tal inconveniência.

Lutar para a Liberdade sexual é contradizer a tradição imposta para a sexualidade de todas as mulheres, pois todo indivíduo, sendo mulher ou homem tem direito ao seu corpo e sexualidade, devendo escolher como e com quem vai vivenciá-la, tendo livre arbítrio sobre suas próprias escolhas e suas próprias vidas.

### **5.5 Igualdade de gênero.**

A disparidade entre gêneros está na atual prática sexual, onde nem sempre as mulheres podem dizer sim ou não ao sexo, por ter se a ideia de que sexo é uma obrigação feminina.

Os efeitos da condenação do aborto se espalham de modo irregular na sociedade brasileira. A pobreza representa uma maior fragilidade para as mulheres que apelam ao aborto clandestino, sem condições de buscar procedimentos garantidos e seguros.

Essa desigualdade atinge especialmente as mulheres pobres, negras e jovens. A pobreza representa também maior vulnerabilidade às denúncias, punições, humilhações e abusos quando recorrem aos serviços públicos de saúde com abortamento incompleto, por medo muitas vezes de evitar chegar aos serviços.

As mulheres não engravidam sozinhas, mas a criminalização do aborto desobriga os homens de sua responsabilidade. A mulher então, com efeito, engravida e depois tem a responsabilidade exclusiva de criar e educar os filhos. Nem sempre seu marido ou a sociedade assumem uma parte ou a totalidade do trabalho e do tempo necessário a essas crianças. Esse tempo e esse trabalho, que são totalmente tomados apenas da mãe, não são remunerados pela sociedade ou pelo marido.

Danda Prado (2007, p.83) acrescenta que:

Além da gratuidade das tarefas exercidas pela mulher/mãe e suas substitutas, o mercado de trabalho complementar a essa atividade como: Educadoras, professoras primárias, atendentes de creches, empregadas domésticas, é essencialmente feminino e, portanto, mal remunerado.

Assim sendo, a mulher fornece esse serviço em troca de nada, a não ser sua própria manutenção (casos em que o homem fornece sozinho o orçamento doméstico). Isto significa nada mais do que um desrespeito aos princípios de igualdade entre homens e mulheres.

O problema não está somente relacionado a isso, está associado a independência econômica da mulher, pois é necessária uma alteração total das estruturas econômicas e sociais da sociedade, que atualmente é voltada para a reprodução dos seres humanos.

Deve-se saber que o aborto é um procedimento médico que responde a uma necessidade de saúde pública exclusiva das mulheres. Ao recusar está permissão as mulheres, o Estado está infringindo o princípio de não discriminação em razão do gênero.

## **5.6 Planejamento familiar.**

A legislação brasileira não apresenta um conceito acentuado da família. A terminação *família* pode haver várias definições para as diversas áreas das ciências humanas, como a sociologia, a antropologia ou o direito.

Para Maria Helena Diniz (2008, p.09):

“Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.

Silvio Venosa (2005, p.18), assevera que:

A Família em um conceito amplo, "é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar", em conceito restrito, "compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder de uma mesma família".

Nos dias de hoje, é complicado encontrar uma aceção de família de forma a dimensionar o que, no contexto social se insere nesse conceito.

Maria Berenice dias em sua obra "As Famílias e seus direitos" faz uma comparação da visão antiga que a sociedade tinha de família, como as profundas transformações da sociedade, alegando ser impossível o apontamento de uma terminologia adequada, pois ao decorrer dos anos surgem novos modelos de famílias, muitos formados com pessoas que saíram de outras relações, outras com embaralhamento de papéis, devendo estas serem consideradas famílias vez que o afeto e o vínculo são existentes.

Nenhuma natureza de vínculo que tenha como alicerce o afeto se pode deixar de atribuir o status de família, digna da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III do art. 1º, aplica, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 dilatou o conceito de família, passando a agregar as relações monoparentais: de um pai com os seus filhos. Esse redimensionamento, calcado na realidade que se conferiu, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Deixando de ser exigida a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtrai de seu alvo a proliferação.

A lei nº 9.263, de 1996, assegura o planejamento familiar como sendo um conjunto de ações que auxiliam as pessoas que pretendem ter filhos e também que preferem adiar o crescimento da família.

Com isso pode se dizer que a formação de uma família não tem como objetivo principal a procriação como era anteriormente, pois o planejamento familiar além de prevenir a gravidez não planejada, as gestações de alto risco e a promoção de maior intervalo entre os partos, proporciona maior qualidade de vida ao casal, que tem somente o número de filhos que planejou.



Partindo dessa premissa não seria o aborto um método de planejamento familiar eficaz a ser considerado e permitido pelo estado? Controlar a fertilidade é o primeiro passo para planejar o momento mais adequado para ter filhos. A Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher (PNDS), feita em 2006, financiada pelo Ministério da Saúde, revelou que 46% das gravidezes não são planejadas.

## **6 ESTUDO DE CASO.**

Ao decorrer da pesquisa foram analisadas várias questões que influenciam benéficamente na despenalização do aborto vejamos agora uma

decisão que o STF firmou onde permite a prática abortiva até o primeiro trimestre de gestação:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum

país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

O caso se trata de um HC concedido que afastou a prisão preventiva dos donos de uma clínica em Duque de Caxias (RJ) denunciadas pelo Ministério Público pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante, o STF não descriminalizou o aborto, entretanto por se tratar de um tema levado ao plenário cujotem repercussão geral, pode-se aplicar aos demais casos de proibições ao aborto previstas no Código Penal.

Isso serviu para reforçar a ideia de despenalização do aborto tendo em vista os argumentos voltados especificamente para o ramo do direito pois sempre que o tema é discutido analisam a questão moral e religiosa, porém não cabe ao direito analisar essas questões, foi conforme já foi mencionado nesta pesquisa o Estado é laico, portanto o Direito deve analisar em que medida a despenalização do aborto deve ocorrer, e quais seus efeitos para a sociedade.

Conforme já foi discorrido o Código Penal é de 1940, e olhando para a sociedade é nítida a mudança de comportamento do ser humano, bem como tradições, costumes e até mesmo alguns valores éticos.

### **6.1 O status jurídico do embrião.**

Um dos argumentos utilizados para proferir a decisão foi de que não se sabe ao certo quando se inicia a vida do nascituro não podendo assim afirmar a partir de quando o embrião é dotado de personalidade jurídica, tendo em vistas as várias teorias concepcionistas, e os vários entendimentos.

No relatório é citada a teoria da formação do sistema nervoso central que consiste em dizer que a vida somente passará a existir quando o embrião tornar-se sensível, isto é, quando o seu tecido nervoso estiver formado, o que dará ao feto sensações de dor e de prazer.

Stella Maris Martínez (1994, p.85) explicar esta teoria:

Conta basicamente o momento em que se inicia a translação de informação genética correspondente ao sistema nervoso central, já que considera que este é o ponto determinante na ontogênese o ser humano, a verdade instância diferenciadora. Neste momento, a partir do quarto mês de vida intrauterina é que aparecem os rudimentos do que será o córtex cerebral pelo que somente com a apresentação da chamada linha primitiva ou sulco neural estaríamos frente a um ser vivo.

De tal modo, o padrão do início da vida equivale-se a quando se desenvolve a organização básica do sistema nervoso central. A não formação do córtex central, na maior parte das vezes, gera o aborto espontâneo, uma vez que o organismo materno nega o embrião, como se não o reconhecesse, eliminando-o. Este é o principal motivo que leva os fetos anencéfalos a não nascerem no tempo normal.

Consequentemente, para esta teoria pondera-se que a vida só surge após o quarto mês de gestação, pois, acredita-se que somente depois deste período é que o feto possui consciência, assim devendo ser protegido contra a prática de aborto.

Se não há um consenso sobre o assunto, porque não adotas essa teoria, para os casos de despenalização do aborto, visto que nem mesmo o Código Civil conseguiu definir o tema.

Segundo o Código Civil de 2002 “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Pontes De Miranda (1954, p.159) conceitua:

O suporte fático de pessoa natural é biológico (natural); cada homem, cada suporte fático para a incidência do art. 2º. O conceito de pessoa natural também é jurídico, porque o homem, para ser pessoa, tem de entrar no mundo jurídico, e a sua personalidade é tãojurídica quanto a das chamadas pessoas jurídicas. Apenas, aquelas não têm como suporte fático, necessário e suficiente.

A partir desse conceito de pessoa, entende-se que a palavra representa o ser humano sem determinar, no entanto, o que vem a ser a pessoa para a resolução civil. O ser humano, após o seu nascimento com vida, será avaliado e dotado de personalidade, mas a terminação pessoa não é apontado com clareza pelo direito brasileiro. A personalidade não pode ser desdobrada ao embrião, isto é, ao não-

nascido, porque ela se coloca a partir do nascimento com vida e do averbamento no registro civil.

Ao nascituro pertence somente a proteção de direitos que deverão ser abrigados até seu nascimento com vida, deste modo não compete falar em pessoa e também não em direitos da personalidade.

Pontes De Miranda(1954, p.162) defende que “No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito então nunca foi pessoa”.

Ao considerar a situação do nascituro, defende a teoria adotada pelo Código Civil, ou seja, que a entrada no mundo jurídico acontece com o nascimento com vida. A partir do nascimento, existe uma pessoa, um sujeito de direitos.

Caio Mário da Silva Pereira(1990. p. 159) adota a posição do Código Civil e explica:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há de falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem de se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. Tão certo é isto que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito se não chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento.

Sendo assim o interesse no nascituro se deve ao fato da proteção dos seus direitos antes do nascimento. Ele, no entanto, somente entrará no mundo jurídico mediante a comprovação do nascimento com vida, o que lhe concederá o *status* de portador dos direitos de personalidade.

O direito da personalidade não cabe ao nascituro, porque esse tem seus interesses resguardados até seu nascimento com vida, o que, então, lhe concederá personalidade. Assim, não cabe a discussão sobre os direitos da personalidade extensivos ao nascituro. Os direitos dele são outros que serão efetivados somente depois do seu nascimento com vida.

Esse tema é de grande importância, levando em conta que pode ser um embasamento legal para ajudar na realidade em que o Brasil se encontra em relação ao aborto, são acontecimentos vivenciados por muitas mulheres, e não pode restar indiferença aos legisladores.

## **6.2 Violação dos direitos das mulheres.**

Outra tecla em que se bateu muito no relatório foi a questão de que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação violaria os direitos fundamentais da mulher.

Começando pela autonomia sendo talvez o direito mais violado, pois se a mulher recorre ao aborto ilegal e inseguro é decorrência de uma gravidez não desejada, e o princípio da autonomia é violado no momento em que o Estado lhe obriga a ter um filho em razão da penalidade imposta ao aborto.

Para Kant (2007, p.85):

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.

A autonomia da vontade é a capacidade de dar a si mesmo a suaprópria lei de acordo com princípios universais da razão: A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei - independentemente de como forem constituídos os objetos do querer.

A ideia de liberdade entrelaçada com o conceito de autonomia é o alicerce para o agir humano. A partir dessas definições, tem-se a compreensão da ação humana para Kant como algo livre e autônomo, lembrando que o outro não podejamais ser utilizado como meio, mas unicamente como fim.

Aristóteles (1999, p. 35) considera:

É evidente, portanto, que nenhuma das várias formas de excelênciamoral se constitui em nós por natureza, pois nada que existe por natureza pode ser alterado pelo hábito. [...]. Portanto, nem por natureza nem contrariamente à natureza a excelência moral é engendrada em nós, mas a natureza nos dá a capacidade de recebê-la, e esta capacidade se aperfeiçoa com o hábito.

A escolha, ou o ato de deliberar, uma ação complexa, pois, para bem deliberar é preciso o hábito, uma vez que os seres humanos não são dotados de capacidade plena quando do momento do nascimento. Por isso, a necessidade do hábito para que sejam adquiridas as várias formas de excelência moral, que irão conduzir o sujeito para a realização de boas escolhas.

Christopher kaczor (2014, p.139) sabiamente faz uma analogia de uma gravidez indesejada com a invasão de um assaltante em uma residência cujo a janela estava aberta:

Nessa analogia o feto humano é um assaltante invadindo a casa pela janela aberta. Se alguém ultrapasse uma janela entreaberta, poderia ser louvável exercitar a tremenda paciência de esperar que o intruso vá embora, mas não há o que reprovar na expulsão desse hóspede indesejado de sua casa, mesmo se a pessoa fosse morrer como resultado da expulsão. Da mesma forma, a mulher pode remover uma criatura humana não querida de dentro de seu corpo. Expulsar o assaltante seria ainda mais justificado caso se tivessem colocado barras sobre janelas e portas e o assaltante entrasse de qualquer jeito. De maneira semelhante, quem pratica contracepção, mas concebe assim mesmo, tem licença especial para expulsar o feto humano. Em geral haverá mais justificação para remover o intruso (assaltante, feto humano) de onde não deveria estar (casa da gente, corpo da mulher) mesmo se tal remoção se tem que ser feita à custa da morte do intruso, quando se tomam medidas adicionais para assegurar que não entrem indesejados.

Partindo dessa premissa, pode se dizer que a mulher não é obrigada a abrigar um feto indesejado, além de ser uma afronta ao princípio da autonomia, a mulher é considerada um ser racional, capaz de resolver, de escolher um objetivo, e cogitar sobre o fim e os meios que poderá empregar para chegar ao objetivo, a mulher tem a possibilidade de, após escolher sobre as condições que estão presentes no momento em que se sabe grávida, escolher entre continuar ou não nesse estado e se responsabilizar por essa ação. Ela também pode escolher interromper a gestação, porque, após determinar, a escolha final deve ter a consciência de que terá que se responsabilizar por tal escolha também.

Se a decisão for de levar a gestação a termo tem que ser precedida de uma análise das condições que a mulher pode oferecer a essa nova vida e também do conhecimento da responsabilidade por tal “escolha” durante grande parte do restante de sua vida. Essa escolha, que será o resultado da deliberação da gestante, é uma decisão considerada ética, porque foi resultado da reflexão de uma mulher responsável.

A decisão pelo abortamento não tende a ser uma decisão facilitada para a mulher, e isso não por ser essa conduta criminalizada, afinal de contas ninguém faz aborto por considera-lo um ato moralmente correto, um ato digno e bonito.

Sobre a liberdade de escolha, Danda Prado (2007, p. 30) delibera:

Em verdade, a Liberação da mulher hoje não é mais que uma liberação para os homens de um maior número de mulheres. As mulheres podem optar pelo menor dos males, mas não conhecem ainda, nem têm a seu alcance, uma verdadeira liberdade de escolha. Esta significaria ter diante de si várias opções, todas igualmente valorizadas pela sociedade.

O número de abortos inseguros e a mortalidade materna diminuiria se a sociedade fosse mais liberal, e não catalogasse sensações e emoções sexuais, além dos dogmas religiosos, ou condutas corretas/alternativas, inferiores/superiores, satisfatórias/incompletas, e assim por diante. A livre expressão dos gestos substituiria então preceitos e códigos, desde que respeitasse a liberdade e a integridade da outra pessoa.

### **6.3 Consequências positivas da despenalização.**

No último parágrafo da decisão proferida, o relator faz uma comparação com os países desenvolvidos que não trata como crime a interrupção da gravidez durante o primeiro trimestre como crime.

A comparação se dá apenas com países desenvolvidos por estar associado ao um padrão de qualidade de vida elevado, onde para ser classificado como país desenvolvido depende de bons indicadores econômicos e sociais.

A começar pelos Estados Unidos, o livro “Freakonomics”, que pode ser traduzido por “Economia Excêntrica” do economista americano Steven D. Levitt,



PhD. pelo MIT e professor e professor da Universidade de Chicago, ajudado pelo jornalista Stephen J. Dubner e pelo professor John J. Donohue III da Universidade de Stanford relata que criminalidade tinha uma taxa elevadíssima por meados dos anos 70, e estima-se que essa taxa caiu após a legalização do aborto.

Segundo Levitt, as taxas da criminalidade nos EUA teriam começado a cair cerca de 18 a 20 anos depois da decisão da Suprema Corte Norte-Americana, no caso *Roe x Wade*, que legalizou o aborto nos EUA.

Na França e na Espanha, o número de abortos realizados estabilizou e as mortes decorrentes diminuíram.

Daniel Sarmiento (2005, p.51) a respeito do assunto tece o seguinte comentário:

Parece-nos que seria bastante razoável adotar na Brasil solução semelhante àquela perfilhada por grande parte dos países europeus, que legalizaram a realização do aborto voluntário no trimestre inicial de gestação, mas, por outro lado, criaram mecanismos extrapenais para evitar a banalização desta prática, relacionados à educação sexual, ao planejamento familiar e ao fortalecimento da rede de proteção social voltada para a mulher. Uma solução desta espécie, na nossa opinião, não conflitaria com a Constituição, mas antes promoveria, de forma mais adequada e racional, os seus princípios e valores.

Com relação a saúde física e psíquicas das mulheres, algumas não relatam efeitos adversos de seus abortos, algumas relatam que se sentem libertadas e animadas, Christopher Kaczor (2014, p.21) faz as seguintes considerações:

Sem dúvida, muitas mulheres lamentam profundamente sua decisão de abortar. Seria uma falha não levar a sério seu testemunho e sua experiência, todavia, nem todas as mulheres que abortam relatam tais efeitos psicológicos negativos. Pode haver todos efeitos psicológicos ligados a não ter abortado. Na verdade, pode-se levantar muitas questões considerando se psicologicamente o aborto prejudicaria ou ajuda as mulheres.

Faz todo sentido reconhecer as experiências vividas pelas mulheres, entretanto as consequências não são uniformes, não se pode esperar algo simples, como já foi dito ninguém faz aborto por simplesmente fazer, o ato é doloroso tanto física quanto mental, então porque criminalizar uma coisa que já não é fácil, porque

não simplesmente tornar tudo mais fácil e seguro, de modo que venha a proteger as mulheres.

A tese estudada fala em um aborto no começo da gestação com a tese da não formação do sistema nervoso central, o que isenta o feto de dor, e também provoca menos choque na gestante, pois um aborto tardio provocara uma culpa maior na mulher e a ligação com o feto estaria mais forte, sendo muito mais traumático causando novamente um trauma psicológico na mulher, tendo que novamente recorrer-se da ajuda de profissionais na área da saúde mental.

Peach (2007, p.138) aponta:

Considerada todas as coisas, como mal inevitável, não se pode plausivelmente negar que seu remorso e seu sentimento de perdahaverão de ser mais palpáveis e intensos conforme o nível de desenvolvimento da criança que lhes foi tirada. Isto é particularmente verdade para a mulher cuja ligação da pessoa em seu ventre se presume que cresça e se aprofunde com o desenvolver-se da criança mesma. Exatamente como, em geral, perdas involuntárias do bebê na gestação avançada abalam a mulher (ou o casal) muito mais duramente do que no início da gestação, assim também os abortos de termo adiantado têm impacto mais duro na mulher (e no casal) que mais cedo na gestação.

Portanto pode se dizer que o trauma é mais comum nos abortos tardios, pois a relação afetiva da mãe com a criança se desenvolve no decorrer da gestação, não acontece de uma hora para outra ou no instante em que se sabe que está grávida.

Por mais absurdo que se possa soar o aborto pode ser considerado um bem para a criança, pois existem situações em que a criança irá nascer para viver em condições ruins, de deficiências físicas, mentais, socioeconômicas ou psicossociais, que justificam o aborto por ser ele o melhor para o próprio bem da criança.

Esta é outro benefício que o Economista Levitt considera em sua obra, dizendo que o número de crianças espalhadas, e envolvidas no crime diminuiu com a legalização do aborto nos países desenvolvidos, pois deve-se avaliar como será a vida da criança no futuro distante, pois enquanto está no ventre materno, está sendo alimentado e protegido.

Novamente Christopher (2014, p.168) cria uma situação hipotética que se encaixa perfeitamente ao caso:

Considere-se a situação: pai sífilítico e mãe tuberculosa. Ela se descobre grávida do quinto filho. Das crianças, a primeira é cega, a segunda morreu pequena, a terceira é surda e a quarta também tuberculosa. O aborto poderia parecer a alguém quase um dever nesse contexto.

Portanto fica claro, se pudesse saber que a criança apesar de tudo há de ter um futuro uma vida maravilhosa não caberia o motivo de seu próprio bem para abortá-la, porém não é possível afirmar nada, como estará a criança em torno de 20 anos, estará estudando e tendo uma vida digna ou estará no mundo do crime, tendo que fazer de tudo para sobreviver.

## **7CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

Através do estudo realizado, conclui-se, que apesar do aborto ser um assunto bastante discutido e repercutido, se constitui em um dos grandes problemas atuais, provocando muita divergência de opiniões.

Geralmente nas reflexões sobre o tema, são apresentadas apenas as suas características depreciativas, o que acaba apagando as linhas que demonstram as fronteiras entre a realidade daquelas que vivem os dilemas do aborto e a existência de outros fenômenos de difícil aceitação para sociedade, como é o caso do aborto existente e não seguro, feito em clínicas espalhas por todo o país.

É nítida as profundas alterações no comportamento e nas condições que se estabelecem na vida cotidiana da sociedade, passando a exigir mecanismos eficazes de proteção à pessoa humana, e alterações no ordenamento Jurídico, tendo em vista que é preciso atender as necessidades atuais do ser humano.

Atualmente o aborto é considerado crime, sendo permitido somente em casos em que a lei determina, a punição tem como objetivo preservar e garantir o direito a vida do feto que está em formação, no entanto o Estado não tem se preocupado como pós nascimento pois o governo não ajuda no sustento desse futuro cidadão. As políticas públicas não apresentam interesse em tratar do assunto. Simplesmente é melhor que seja considerada como conduta criminalizada, do que como um problema de saúde pública que atinge milhares de mulheres em um país como o Brasil.

A Constituição Federal, realmente, determina a preservação e a tutela da vida, todavia, acrescenta, "com dignidade". Exigir que uma mulher carregue sem seu ventre, um ser, sem qualquer chance de ter essa vida digna posteriormente, é ser pró nascimento, e não pró vida, vida vai muito mais além de nascer, isso sem mencionar o psicológico da mãe que é constrangida ao sofrimento de ter que aceitar a imposição de um acontecimento que não deseja, e não é uma simples imposição, é um filho, a vida de um ser humano, pois com o parto surge uma nova vida, vida essa que deveria ser planejada e esperada com amor e dignidade, e não ser imposta à alguém, pois ninguém merece vir ao mundo e carregar o peso de não ser

bem vindo na família, ninguém merece vir ao mundo para sofrer, ou até mesmo para morrer de fome, e ter que se submeter aos mais diversos meios para sobreviver.

A decisão do STF em análise, que considera não ser crime o aborto feito no primeiro trimestre de gestação, é igual aos demais países que permitem o aborto, pois em geral, o tempo de gestação em que pode ser realizada a intervenção não deve, ou não pode, ultrapassar os três primeiros meses, porque no feto ainda não está formado o sistema nervoso central e, sendo assim, ele ainda não sente dor nem prazer e, portanto, desde que o aborto seja realizado dentro desse período, não se estaria prejudicando o feto e, para a mulher se apresentariam menores os riscos para a saúde.

O que deve ser levado em consideração é não somente a condição do feto, mas igualmente o período de formação em que esse se encontra, ou seja, quando o feto já estiver com o sistema nervoso central em desenvolvimento, o que se dá a partir da 18ª semana de gestação, o aborto não poderia mais ser realizado, por ter-se passado um tempo razoável para a mulher decidir, e pelo fato de que o feto apresenta sensações de dor e prazer. Portanto, deve ser realizado em período anterior, e quanto mais cedo melhor pois o corpo da mulher ainda não sofreu grandes transformações e, sendo assim, a recuperação será mais rápida para o seu organismo, sendo assim o abortamento se tornaria menos traumático, não diminuiria a dor mas evitaria um sofrimento maior para ambos.

Se o aborto é responsabilidade da mulher, ou dos pais, o cuidado próprio da criança, na primeira idade, e conseqüentemente o restante da vida, cabe somente à mulher ou ao casal decidir por gerar ou não uma nova vida. Porém o que se evidencia no Brasil é que, tanto o fato da mulher não poder se responsabilizar por outra vida além da dela, quanto o fato do bebê que não tem alguém que por ele se responsabilize, são ignorados pelo Estado.

Em tese caberia ao governo conforme já foi dito, dar uma ajuda para a mulher que está sendo obrigada a ter a criança, ou propiciar um atendimento para as mulheres que decidem abortar, porque estariam amparadas pelo serviço público, o que acarretaria a diminuição na taxa de mortalidade em razão de abortos malsucedidos. Porém o Estado, ao punir o aborto e não destinar verbas para que esse tipo de intervenção seja realizado em hospitais da rede pública de saúde, ao

mesmo tempo não conceder às mulheres que geram seus filhos sem condições para sustentá-los, não dá uma alternativa para tal situação, deixando todas sem escolhas.

Não se pode afirmar que a despenalização do aborto acabaria com todos os problemas sociais do Brasil, mas com certeza, se trata de um problema de saúde pública que deve sim ser levada e discutida pelas autoridades. A despenalização representa um grande avanço no campo jurídico para a população e evita que o alto índice de entrada nos hospitais públicos com sequelas decorrentes de um aborto feito em condições precárias, continue crescendo.

A presente pesquisa, é uma tentativa de convencer aqueles que condenam o aborto a sair de suas redomas e se colocar na situação de milhares de mulheres que se submetem aos abortos indignos, sabendo que podem ficar com diversas sequelas e que podem inclusive, perder a própria vida. Julgar é muito fácil, e há quem diga ser uma decisão fácil lidar com a própria vida. Todas as escolhas devem ser respeitadas, tanto para aquelas que escolheram dar continuidade à gestação quanto aquelas que optam pelo aborto.

## REFERÊNCIAS.

ALTAVILA, Jayme de. Origem dos Direitos dos povos. São Paulo, ícone, 9ª ed. 2001;

ALVES, Ivanildo Ferreira. Crimes contra a vida. Rio de Janeiro, Sociedade Brasileira de Criminologia, 1947;

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário de Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, c1985, 1999;

ÁVILA, Maria Betânia. Corrêa, Ana Paula. *Novas Legalidade e Democratização da vida social: Família, sexualidade e aborto*. Rio de Janeiro, editor Garamond, 2003;

BOUZON, Emanuel. O código de Hammurabi: História do direito, direito antigo a Babilônia. Petropolis, Vozes, 1976;

BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 25 de setembro de 2017;

BRASIL. Código Penal de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 10 de julho de 2017;

BRASIL. HABEAS CORPUS N. 205386 SP. Relator Ministra LAURITA VAZ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21108346/habeas-corpus-hc-205386-sp-2011-0097544-9-stj>> Acesso em: 10 de Outubro de 2017;

BRASIL. Habeas Corpus n. 124.306. Rio de Janeiro. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: 15 de Agosto de 2017;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 06 de dezembro de 2017;

CAPEZ, Fernando. Direito Penal – parte especial. São Paulo. Saraiva, 2012;

CASTRO, Regina de. Aborto. Rio de Janeiro, Muad, 1997;

Conceito .de. Conceito de aboto. Disponível em: <<https://conceito.de/aborto>> . Acessoem: 10 de agosto de 2017;

DIAS, Maria Berenice. A família e seus direitos. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_568\)14\\_\\_as\\_familias\\_e\\_seus\\_direitos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_568)14__as_familias_e_seus_direitos.pdf)> Acessoem 17 de Novembro de 2017;

Dicionário Aurélio de Português online. Significado de aborto. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/aborto>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017;

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5;

DUBY, Georges. PERROT, Michelle. História das Mulheres - A Antiguidade, "A Política dos Corpos: entre procriação e continência em Roma", Círculo de Leitores, São Paulo, v. 5, 1990;

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Vol I. 5ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 1978;

GARLLA, Patrícia. Diário de biologia. Como as mulheres evitavam gravidez na antiguidade. Disponível em: <<http://diariodebiologia.com/2012/10/5-impressionantes-metodos-anticoncepcionais-da-antiguidade/>> Acessoem: 20 de novembro de 2017;

Governo do Brasil. Planejamento familiar, setor de planejamento familiar. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>> Acessoem: 06 de dezembro de 2017;



KACZOR, Christopher. A ética do aborto – Direitos das mulheres, vida humana, e a questão da justiça. Trad. Antonio José Maria de Abreu – São Paulo. Ed. Loyola Jesuítas. 2014;

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 85, 2007 trd. Paulo Quintela;

LENZA, Pedro. Direitoconstitucionalesquemmatizado. 13.ed. rev, atual e ampl. São Paulo. Saraiva, 2009;

LENZA, Pedro. Direito Penal esquematizado – parte especial. São Paulo, saraiva. 2011;

LEVITT, Steven D. Freakonomics - O lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta. Trad. Regina Lyra. São Paulo. Editora campus, 7ª ed, 2007;

MARREY, Adriano. O crime de aborto. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 52, n. 329, p. 7–17, mar., 1963;

MARTÍNEZ, Stella Maris. Manipulação genética e direito penal. São Paulo: IBCCrim, 1998;

MENDES, Iba, Breve histórico do aborto. Disponível em: <<http://www.ibamendes.com/2011/02/breve-historico-do-aborto.html>> Acesso em 30 de agosto de 2017;

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 2: Parte especial Arts. 121 a 234-B do CP – 29. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012;

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi. Tomo I, 2004;

PAPALEO, Celso Cezar. Aborto e Contracepção: A atualidade e complexidade da questão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

PAULA, Wilson Kraemer de. Abortotradições e contradições. Florianópolis, Papa Livro, 1996;

Peach, Andrew. Abortotardio vs. início precoce: uma análise tônica. O tônico 3.ed, 2007;

PEDRO, Joana Maria. Práticas Proibidas – Práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX. Florianópolis, Cidade Futura, 2003;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1990;

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais. Vol. 17. 6 ed. Rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2006;

PRADO, Danda. O que é o aborto. 2. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Brasiliense, 2007;

SILVA, Maria de Penha. Mulheres negras: sua participação histórica na sociedade escravista Cadernos Imbondeiro. João Pessoa, v.1, n.1, 2010;

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. O aborto e sua antijuridicidade. São Paulo, Lejus, 1997;

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11457>>. Acesso em: 14 de outubro de 2017;

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Vol. VI - Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005;



## ANEXO

### HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO  
 PACTE.(S) : EDILSON DOS SANTOS  
 PACTE.(S) : ROSEMERE APARECIDA FERREIRA  
 IMPTE.(S) : JAIR LEITE PEREIRA  
 COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO-VISTA

#### O MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

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

1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.

2. Em *primeiro lugar*, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. Em *segundo lugar*, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: *os direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; *a autonomia da mulher*, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; *a integridade física e psíquica da gestante*, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a

*igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

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

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

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

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

## I. SÍNTESE DA DEMANDA

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de medida cautelar, impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Extrai-se dos autos que os pacientes (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, em

14.03.2013, devido à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 126<sup>1</sup> (aborto) e 288<sup>2</sup> (formação de quadrilha) do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado “*aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento desta*”.

2. Em 21.03.2013, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ concedeu a liberdade provisória aos pacientes<sup>3</sup>. Todavia, em 25.02.2014, a 4ª Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para decretar a prisão preventiva dos pacientes, com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Na sequência, a defesa impetrou HC no STJ, que não foi conhecido pela Corte. O acórdão, porém, examinou o mérito e assentou não ser ilegal o encarceramento na hipótese<sup>4</sup>.

3. Neste *habeas corpus*, os impetrantes alegam que não estão presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, sustentam que: (i) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (ii) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (iii) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura.

4. Em 8.12.2014, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, deferiu a medida cautelar pleiteada, em benefício dos acusados Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Em 27.06.2015, estendeu os efeitos da decisão aos demais corréus, Débora Dias Ferreira, Jadir Messias da Silva e Carlos Eduardo de Souza e Pinto.

5. A Procuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pela Dra. Cláudia Sampaio Marques, opinou pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pela denegação da

<sup>1</sup> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

<sup>2</sup> Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

<sup>3</sup> A decisão considerou que “as infrações imputadas são de médio potencial ofensivo, com penas relativamente brandas, permitindo que, em caso de condenação, sejam aplicadas sanções conversíveis em penas restritivas de direitos ou, no máximo, a serem cumpridas em regime aberto”.

<sup>4</sup> De acordo com o acórdão recorrido, “não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelos acusados, quais sejam, a gravidade concreta do delito, demonstrada pela reprovabilidade exacerbada da conduta praticada e tentativa em evadir do local dos fatos”.

ordem, cassando-se a liminar deferida aos pacientes e estendida aos corréus.

6. Iniciado o julgamento, o Ministro Marco Aurélio votou pela admissão do *habeas corpus* e, no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória, nos termos da liminar anteriormente deferida. Pedi vista antecipada dos autos para uma análise mais detida da matéria.

#### SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

##### I. DESCABIMENTO DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

7. Inicialmente, verifico que se trata de *habeas corpus*, substitutivo do recurso ordinário constitucional, impetrado contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do HC 290.341/RJ. Nos termos da jurisprudência majoritária desta Primeira Turma (HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 128.256, Rel. Min. Rosa Weber), nessa hipótese, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual. Nada obstante isso, em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria, passo a examinar a possibilidade de concessão da ordem de ofício.

##### II. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

8. Em *primeiro lugar*, entendo que o decreto de prisão preventiva não apontou elementos individualizados que evidenciem a necessidade da custódia cautelar ou mesmo o risco efetivo de reiteração delitiva pelos pacientes e corréus. Em verdade, a decisão limitou-se a invocar genericamente a gravidade abstrata do delito de “provocar o aborto com o consentimento da gestante” imputado, bem como a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal ante à suposta tentativa dos pacientes de se evadirem do local dos fatos. No entanto, conforme notou o Ministro Marco Aurélio em seu voto, “*a liberdade dos acusados tanto não oferece risco ao processo que a instrução criminal tem transcorrido normalmente, conforme revelou a consulta realizada ao sítio do Tribunal de Justiça, noticiando o comparecimento de todos à última audiência de instrução e julgamento, ocorrida no dia 17 de agosto de 2015, quando já soltos*”.

9. Não se encontram preenchidos, no caso concreto, os requisitos do art. 312 do

Código de Processo Penal<sup>5</sup>, que exigem, para decretação da prisão preventiva, que estejam presentes riscos para a ordem pública ou para a ordem econômica, conveniência para a instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei. Note-se que a prisão torna-se ainda menos justificável diante da constatação de que os pacientes: (i) são primários e com bons antecedentes; (ii) têm trabalho e residência fixa; (iii) têm comparecido devidamente aos atos de instrução do processo; e (iv) cumprirão a pena, no máximo, em regime aberto, na hipótese de condenação. Aplicável, portanto, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é ilegal a prisão cautelar decretada sem a demonstração, empiricamente motivada, dos requisitos legais (HC 109.449, Rel. Min. Marco Aurélio; e HC 115.623, Rel. Min. Rosa Weber).

10. A ausência de motivação concreta já seria suficiente para afastar a custódia preventiva na hipótese, tornando definitiva a liminar implementada em favor dos pacientes e estendida aos corréus. No entanto, há outra razão que conduz à concessão da ordem.

### III. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO EFETIVADA NO PRIMEIRO TRIMESTRE

11. Em *segundo lugar*, é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP. Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.

12. No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal<sup>6</sup>, que punem tanto o aborto provocado pela

<sup>5</sup> CPP, Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, **quando houver prova da existência do crime** e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

<sup>6</sup> Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento - Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

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



gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. É o que se demonstrará a seguir.

13. Antes de avançar, porém, cumpre estabelecer uma premissa importante para o raciocínio a ser desenvolvido: o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro.

## 1. Violação a direitos fundamentais das mulheres<sup>7</sup>

14. A relevância e delicadeza da matéria justificam uma brevíssima incursão na teoria geral dos direitos fundamentais. A história da humanidade é a história da afirmação do

<sup>7</sup> Há diversos trabalhos seminais nessa matéria tanto no Brasil como no exterior. No país, destacam-se os seguintes trabalhos: (i) Debora Diniz; Marcelo Medeiros, “Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna”, *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 15, p. 959-966, 2010; (ii) Debora Diniz, Marilena Corrêa, Flávia Squinca, Kátia Soares Braga, “Aborto: 20 anos de pesquisa no Brasil.” *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 4, 2009; (iii) Jacqueline Pitanguy. “O movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos.” In Griffin, Karen e Costa, Sarah Hawker (orgs.). *Questões da saúde reprodutiva*, 1999; (iv) Flávia Piovesan, “Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos”. In: Samantha Buglione (org.). *Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça*, 2002, (v) Leila Linhares Barsted, “O movimento feminista e a descriminalização do aborto”, *Revista Estudos Feministas*, v. 5, n. 2, 1997; (vi) Maria Isabel Baltar da Rocha, “A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese.”, *Revista Brasileira de Estudos Populacionais*, v. 23, n. 2, 2006; (vii) Lucila Scavone, “Políticas feministas do aborto.”, *Revista Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, 2008; (viii) Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis, 2005. No exterior, v.: (i) Judith Jarvis Thomson, “A Defense of Abortion.” *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, no. 1, 1971; (ii) Kristin Luker, *Abortion & the Politics of Motherhood*, 1984; (iii) Ronald Dworkin, *Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, 1994; (iv) Robin West, “From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights.” *The Yale Law Journal*, vol. 118, no. 7, 2009; (v) Ruth Bader Ginsburg, “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*”. *North Carolina Law Review*, vol. 63, 1985; (vi) Catherine Mackinnon, “Reflections on Sex Equality Under Law”. *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991; (vii) Francis Beckwith, “Personal Bodily Rights, Abortion, and Unplugging the Violinist.” *International Philosophical Quarterly*, vol. 32, no. 1, 1992; (viii) Rebecca Cook, Joanna Erdman, Bernard Dickens, *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, 2014; (ix) John Hart Ely, “The Wages of the Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*”. *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973.

indivíduo em face do poder político, do poder econômico e do poder religioso, sendo que este último procura conformar a moral social dominante. O produto deste embate milenar são os direitos fundamentais, aqui entendidos como os direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional.

15. Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral<sup>8</sup> e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas<sup>9</sup>. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia.

16. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º)<sup>10</sup>. Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa.

17. Direitos fundamentais estão sujeitos a limites iminentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 29.

<sup>9</sup> Luís Roberto Barroso, *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*, 2015. In: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>, acesso em 28 nov. 2016.

<sup>10</sup> Note-se que embora o dispositivo faça referência aos direitos e garantias *individuais*, o entendimento dominante é no sentido de que a proteção se estende a todos os direitos materialmente fundamentais.

<sup>11</sup> Sobre o tema, v. Robert Alexy, *Teoria e losderechosfundamentales*, 1997, p. 111; Aharon Barak, *Proportionality: constitutionalrightsandtheirlimitations*; e Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015, p. 289-295.

18. O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) o da *adequação*, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a *necessidade*, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito*, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.

19. A proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto. Mas uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões.

20. Passando da teoria à prática, é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana<sup>12</sup>. O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontra diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.

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

22. Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser

<sup>12</sup> Luís Roberto Barroso, “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, *Revista dos Tribunais* 919:127-196, 2012, p. 183 e s.

protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mãe. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem.

23. Confiram-se, a seguir, os direitos fundamentais afetados.

### *1.1. Violação à autonomia da mulher*

24. 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.

25. Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?

### *1.2. Violação do direito à integridade física e psíquica*

26. Em segundo lugar, a criminalização afeta a *integridade física e psíquica* da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, *caput* e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que

seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.

### *1.3. Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher*

27. A criminalização viola, também, os *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre *se e quando* deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade.

28. O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos percorreu uma longa trajetória, que teve como momentos decisivos a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994, conhecida como Conferência do Cairo, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, em Pequim. A partir desses marcos, vem se desenvolvendo a ideia de liberdade sexual feminina em sentido positivo e emancipatório. Para os fins aqui relevantes, cabe destacar que do Relatório da Conferência do Cairo constou, do Capítulo VII, a seguinte definição de direitos reprodutivos:

“§ 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos”.

29. O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade

materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada.

#### 1.4. Violação à igualdade de gênero

29. A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da *igualdade de gênero*. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. A histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode

constituir um fardo para algumas mulheres<sup>13</sup>. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, “*se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta*”<sup>14</sup>.

#### 1.5. Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres

30. Por fim, a tipificação penal produz também *discriminação social*, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.

31. Em suma: na linha do que se sustentou no presente capítulo, a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher. Trata-se, portanto, de restrição que ultrapassa os limites

<sup>13</sup> Cristina Telles, Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero, 2016, dissertação defendida no Mestrado em Direito Público da UERJ.

<sup>14</sup> ADPF 54-MC, j. 20.10.2004.

constitucionalmente aceitáveis. No próximo capítulo, procede-se, de todo modo, a um teste de proporcionalidade, para demonstrar que, também por esta linha argumentativa, a criminalização não é compatível com a Constituição.

## 2. Violação ao princípio da proporcionalidade

32. O legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá ter em conta dois vetores essenciais: o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual; e os deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais dos seus integrantes. Nesse ambiente, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência.

33. Cabe acrescentar, ainda, que o Código Penal brasileiro data de 1940. E, a despeito de inúmeras atualizações ao longo dos anos, em relação aos crimes aqui versados – arts. 124 a 128 – ele conserva a mesma redação. Prova da defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos. Também a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita.

34. Feita esta breve introdução, e na linha do que foi exposto acerca dos três subprincípios que dão conteúdo à proporcionalidade, a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (*adequação*); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (*necessidade*); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (*proporcionalidade em sentido estrito*).

### 2.1. Subprincípio da adequação

35. Em relação à adequação, é preciso analisar se e em que medida a

criminalização protege a vida do feto<sup>15</sup>. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes às encontradas nos países em que ele é ilegal<sup>16</sup>. Recente estudo do *Guttmacher Institute* e da *Organização Mundial da Saúde* (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos<sup>17</sup>. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres<sup>18</sup>. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014<sup>19</sup>.

36. Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento<sup>20</sup>. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido<sup>21</sup>. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização<sup>22</sup>.

37. Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o

<sup>15</sup> Verónica Undurraga, “Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law”. In: Rebecca Cook, Joanna Erdman, Bernard Dickens (org.), *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, 2014.

<sup>16</sup> Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto, “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, *Revista dos Tribunais* 919:127-196, 2012, p. 183 e s.

<sup>17</sup> Gilda Sedgh et al., *Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends*, *The Lancet*, vol. 388, iss. 10041, 2016.

<sup>18</sup> Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/infographic/2016/restrictive-laws-do-not-stop-women-having-abortions>>

<sup>19</sup> Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>>

<sup>20</sup> V. Susan A. Cohen, *New Data on Abortion Incidence, Safety Illuminate Key Aspects of Worldwide Abortion Debate*, *Guttmacher Policy Review*, n. 10, disponível em: <<http://www.guttmacher.org/pubs/gpr/10/4/gpr100402.html>>.

<sup>21</sup> De acordo com relatório do governo brasileiro, “4% das mortes de gestantes estão relacionadas a abortos realizados em condições inseguras, situação que configura um problema de saúde pública de significativo impacto no país”. V. Informe do Brasil no contexto do 20º aniversário da aprovação da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, apresentado por ocasião da 59ª Sessão da Comissão sobre a Situação das Mulheres, realizada na sede da ONU em Nova York, de 9 a 20/03/2015 (<http://www.onumulheres.org.br/pequim20/csw59/>), acesso em 29 nov. 2016.

<sup>22</sup> Verónica Undurraga, “Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law”. In: Rebecca Cook, Joanna Erdman, Bernard Dickens (org.), *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, 2014.



direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta<sup>23</sup>. Mas, do ponto de vista médico, como assinalado, há um efeito perverso sobre as mulheres pobres, privadas de assistência. Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro.

38. 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.

39. Portanto, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando “*o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe*”<sup>24</sup>, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa.

## 2.2. Subprincípio da necessidade

40. Em relação à necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Como visto, a criminalização do aborto viola a autonomia, a integridade física e psíquica e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero, e produz impacto discriminatório sobre as mulheres pobres.

41. Nesse ponto, ainda que se pudesse atribuir uma mínima eficácia ao uso do direito penal como forma de evitar a interrupção da gestação, deve-se reconhecer que há outros

<sup>23</sup> V. Verónica Undurraga, Op. cit. p. 86.

<sup>24</sup> Alemanha, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203, note 25, at para. 189.

instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas aos direitos da mulher. Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida. É assim, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias<sup>25</sup>. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal<sup>26</sup>, na França<sup>27</sup> e na Bélgica<sup>28</sup>.

42. Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar<sup>29</sup>. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, *e.g.*, perder oportunidades de carreira)<sup>30</sup>. Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade.

### 2.3. *Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*

43. Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto.

<sup>25</sup> Alemanha, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203; Reforma ao Código Penal de 1995.

<sup>26</sup> Portugal, Lei no 16/2007

<sup>27</sup> França, Código de Saúde Pública, Lei n<sup>o</sup> 2001-588/2001 e Código Penal.

<sup>28</sup> Bélgica, Código Penal de 1867 (reforma de 1990).

<sup>29</sup> Kristen Day, "Supporting pregnant women and their families to reduce the abortion rate". In: Robin West, Justin Murray, Meredith Esser (org.), *In search of common ground on abortion: From culture war to reproductive justice*, 2014; Dorothy Roberts, "Toward Common Ground on Policies Advancing Reproductive Justice". *Id.*

<sup>30</sup> Kristen Day, *Op. cit.* p. 144.

44. De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade.

45. De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (*e.g.*, problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização.

46. Tal como a Suprema Corte dos EUA declarou no caso *Roe v. Wade*, o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto<sup>31</sup>. No mesmo sentido, a decisão da Corte Suprema de Justiça do Canadá, que declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que criminalizava o aborto no país, por violação à proporcionalidade<sup>32</sup>. De acordo com a Corte canadense, ao impedir que a mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um *standard* capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

<sup>31</sup> EUA, Suprema Corte dos EUA, *Roe v. Wade*, 10 U.S. 113 (1973) (assegurando o direito de a mulher realizar um aborto nos dois primeiros trimestres da gravidez).

<sup>32</sup> Canadá, Suprema Corte de Justiça canadense, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30.

47. Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não

foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno<sup>33</sup>. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

48. No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do *caput* do art. 312 do CPP.

### III. CONCLUSÃO

49. Ante o exposto, concedo de ofício a ordem de *habeas corpus* para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-a aos corréus.

<sup>33</sup> Daniel Sarmiento, Legalização do aborto e Constituição. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.

---

