

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

DAIANA LÚCIA DE ALMEIDA

**SENSE E CONTRASSENSE SOBRE O ABORTO NO BRASIL:
tendências e perspectivas atuais**

Juiz de Fora

2017

DAIANA LÚCIA DE ALMEIDA

SENSO E CONTRASSENSO SOBRE O ABORTO NO BRASIL:

tendências e perspectivas atuais

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob a orientação da Prof^a. Dr^a Éllen Cristina Carmo Rodrigues.

Juiz de Fora

2017

DAIANA LÚCIA DE ALMEIDA

SENSO E CONTRASSENSO SOBRE O ABORTO NO BRASIL:

tendências e perspectivas atuais

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof^a. Dr^a. Éllen Cristina Carmo Rodrigues

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Cristiano Álvares Valladares do Lago

Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA: () APROVADO () REPROVADO

Juiz de Fora, 28 de novembro de 2017

AGRADECIMENTOS

Agradecer nem sempre é uma tarefa fácil, identificar como as pessoas influenciam nossas conquistas e resultados exige um certo distanciamento para que seja possível enfim, apenas expressar um dos sentimentos mais nobres experimentados pelo ser humano, a gratidão.

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus pais, Ana Lúcia e Donizett, sem os quais nada disso seria possível. Muito além da vida, eles me ofereceram um lar estruturado e afetuoso, me ensinaram valores que carregarei por toda minha existência e que permitiu com que eu chegasse a esse momento tão importante, minha graduação.

Aos meus irmãos, que assim como meus pais, serviram como exemplos para mim.

Agradeço também aos meus amigos Stephani, Stefanie, Maria Eduarda, Lucas e Augusto que com muito amor e companheirismo me acompanharam nesta caminhada, tornando-a mais leve e divertida.

Por óbvio não poderia me esquecer de dois lindos exemplos de profissionais que tive a chance de conhecer no período que estagiei na Vara da Infância. Comprometidas, sérias e muito competentes, Dr^a Graça e Verônica me receberam e me ensinaram lições que não se encontram nos livros. Sempre preocupadas com meu bem-estar, me ofereceram um excelente ambiente de estágio e tornaram-se uma extensão do que chamo de família.

Por fim, não poderia deixar de ofertar meu agradecimento a uma pessoa imprescindível na produção do presente trabalho, minha orientadora, Ellen, que desde o primeiro momento acolheu minhas ideias e carinhosamente se dispôs a me auxiliar.

Independentemente da maneira como estiveram presentes em minha vida, os considero como extremamente importantes para que fosse possível esta conquista.

A todos, muito obrigada, sim!

Como as Danaídas da mitologia grega, as mulheres estão carregando seus direitos em jarros furados. Elas têm seus direitos garantidos formalmente por dispositivos legais e constitucionais, mas não conseguem exercê-los em face da omissão do Estado e, por isso, têm sido vitimizadas por uma terrível história de violência, dominação e exclusão, especialmente no âmbito da expressão de sua sexualidade. É exatamente essa história de violência, construída sob a égide de uma ideologia patriarcal e sob o enfoque de uma concepção moral ultrapassada, fundada na submissão carnal e na subordinação entre os sexos, que tem determinado essa inaceitável omissão constitucional do Estado.

(José Henrique Rodrigues Torres)

RESUMO

Pretende-se com o presente trabalho analisar as questões relacionadas à criminalização do aborto, verificando os argumentos contrários e favoráveis à retirada da conduta do Código Penal, bem como às perspectivas e tendências atuais acerca do tema. Assunto complexo por envolver questões que ultrapassam a seara jurídica, o aborto tem ganhado relevância nos debates legislativos, jurisprudenciais e principalmente na área da saúde pública. Através de breve percurso que perpassa uma síntese histórica da evolução legislativa acerca do tema até o entendimento atual sobre o assunto, propõe-se a reavaliação da tipificação do aborto como conduta criminosa, haja vista a ineficácia da atual política criminal adotada, ainda verificando-se a necessidade de o Estado tratar a questão como problema relacionado à saúde da mulher.

Palavras-chave: aborto; direitos reprodutivos; direito penal; descriminalização; saúde pública.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the questions related to the criminalization of abortion, verifying the arguments opposing and favorable to the withdrawal of the conduct on the Penal Code, as well as the perspectives and current trends on the theme. A complex subject, because involves questions that surpass the juridical area, abortion has been gaining relevance in legislative, jurisprudential and public health debates. Through a short course that involves a historical synthesis of the legislative evolution about the theme up until the current understanding on the subject, this work proposes the reevaluation of abortion's typification as a criminal conduct, in sight of the inefficacy of the currently adopted criminal policy, and yet verifies the need for the State to treat the question as a problem related to women's health.

Keywords: abortion; criminal law; reproductive rights; decriminalization; public health.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	A HISTÓRIA DO ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	8
3	ASPECTOS PROCESSUAIS SOBRE O CRIME ABORTO E SUA APLICAÇÃO PENAL.....	12
4	TENDÊNCIAS ATUAIS ACERCA DO TEMA.....	14
4.1	Argumentos desfavoráveis à descriminalização.....	18
4.2	Argumentos favoráveis à descriminalização.....	21
5.	PARA ALÉM DO SENSO E CONTRASSENSO NO DEBATE SOBRE O ABORTO NO BRASIL: o direito à vida e saúde – tendências e perspectivas.....	24
6	CONSIDERAÇÕES FINAS.....	27
7	REFERÊNCIAS.....	28

1. Introdução

Tipificada como conduta delituosa nos arts. 124, 125, 126 e 127 do Código Penal brasileiro, a interrupção voluntária da gravidez, mostra-se como tema complexo, cuja discussão perpassa questões que vão desde concepções e dogmas religiosos à princípios e direitos consagrados constitucionalmente. Entretanto, o assunto tem adquirido novos contornos e espaço cada vez maior nos debates jurídicos atuais.

No Código Penal em vigor, o legislador brasileiro previu o aborto como crime em quase todas as hipóteses, excetuando apenas os casos em que a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, bem como nos casos em que se configurar como único meio para salvar a vida da gestante, também conhecido como *aborto terapêutico* ou *aborto necessário*. Ademais, conforme se abordará à frente, existe um recente entendimento, retirado do julgamento realizado pelo Superior Tribunal Federal na ADPF 54 de 2012¹ que entendeu ser inconstitucional a interpretação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta típica prevista nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II do Código Penal.

Embora o Brasil trate o aborto, precipuamente, sob o viés do Direito penal, a matéria extrapola a seara jurídica, uma vez que os números estimados acerca do aborto indicam que a prática ainda continua sendo corriqueira no país², demonstrando, portanto, que a criminalização não tem impedido sua prática. A despeito de a conduta ser tipificada, observa-se que os procedimentos clandestinos, mostram-se como a saída para as mulheres que desejam interromper a gravidez e, em virtude da sua ilegalidade, não passam por qualquer controle sanitário. Desta forma, impedidas de buscar auxílio na rede pública de saúde, mulheres com condições financeiras precárias acabam se submetendo a manobras e métodos caseiros – muitas vezes desumanos – para interromper a gravidez indesejada.

Diante disso, o presente trabalho propõe efetuar uma breve síntese histórica acerca da evolução legislativa pela qual passou o aborto, bem como identificar como se dá a persecução penal dos mencionados artigos, apontar posteriormente os argumentos

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012.

² DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017, p.658.

contrários e favoráveis defendidos na discussão contemporânea sobre a manutenção da conduta como crime e, por fim, realizar uma análise sob a perspectiva dos direitos à vida e saúde, constitucionalmente consagrados, a fim de se considerar a possibilidade de se tratar a questão para além da seara punitiva. Para alcançar tal objetivo, serão utilizados artigos, pesquisas e julgamentos nacionais e estrangeiros relacionados ao tema.

2. A história do aborto na legislação brasileira

Antes analisar o atual cenário legislativo atinente ao aborto, é necessário que se faça um resumo do progresso normativo verificando o tratamento conferido ao assunto em todas codificações penais existentes no Brasil e sua evolução ou eventual retrocesso para uma compreensão mais ampla sobre o tema.

No período colonial, o sistema jurídico vigente no Brasil correspondia ao mesmo imposto na metrópole de Portugal. As Ordenações Filipinas – compilado de artigos reunidos em cinco livros, no ano de 1603 -, versavam sobre temas diversos, estando a descrição das condutas criminalmente puníveis em seu capítulo V³. Produto de seu tempo, as penas nesta legislação variavam de aplicação de multas a imposição de penas supliciais, não havendo qualquer menção a prática do aborto no capítulo destinado às práticas delituosas⁴. Embora não houvesse a tipificação da conduta, esta não era bem vista, existindo recomendação para que os “quadrilheiros” (espécie de polícia dos costumes composta por homens de boa reputação selecionados pelas paróquias⁵) vigiassem as mulheres “que têm infamadas de fazer moverem outras” bem como as que dissimulassem a gravidez⁶, o que demonstra que apesar de não haver castigo penalmente previsto, outras sanções sociais poderiam ser impostas à gestante.

Assim, tem-se que somente no Código Criminal do Império de 1830 a prática figurou como conduta delituosa. Elencado dentro do capítulo referente aos “Crimes contra a Segurança da Pessoa e da Vida”, o aborto era previsto em seus artigos:

³ HENTZ, Isabel Cristina. **A honra e a vida**: Debates Jurídicos sobre o aborto e infanticídio nas primeiras décadas do Brasil republicano. 2013. 261f. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013, p.53-57.

⁴ Ibidem.

⁵ CASTELBAJAC, Matthieu de. **Aborto legal**: elementos sociohistóricos para o estudo do aborto previsto por lei no Brasil. Revista de Direito Sanitário. São Paulo v. 10, n. 3, Nov. 2009/Fev. 2010, p. 42.

⁶Ordenações Filipinas. Liv. I. Tít. LXXIII, Dos quadrilheiros, § 4. Disponível em:<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p167.htm>>. Acesso em: 18 set. 2017.

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

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

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

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas - dobradas.

Cumpre ressaltar que, até então, conforme se depreende da redação à época empregada, o que se pretendia punir era tão somente o aborto praticado por terceiro, sem haver qualquer menção direta acerca do autoaborto. Para Castelbajac (2010), tal fato não deve ser encarado como mera omissão do legislador, mas sim, como uma forma de proteção conferida à mulher independentemente do consentimento, uma vez que, as práticas abortivas adotadas pela medicina nesse período eram extremamente violentas, gerando danos físicos nas gestantes. Assim, para o autor, a mulher que induzia o aborto mostrava-se como corpo fraco, merecendo ser salvaguardada pelo Estado contra a intervenção maliciosa de terceiros, contudo, quando praticado pela gestante, o assunto estaria relacionado estritamente à esfera privada.

Somente no Brasil República, a interrupção voluntária da gravidez praticada pela própria gestante tornou-se questão a ser tratada pela legislação penal que por meio do Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, previu em seus artigos:

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

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

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

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

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

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

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

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

Pena - de prissão cellular por um a cinco annos.

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

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

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

Verifica-se pela leitura do parágrafo único do art.301 do Código Republicano, que o legislador previu uma hipótese atenuante em que a pena era reduzida em um terço nos casos em que o procedimento fosse cometido com o fim de ocultar a desonra própria. Tal previsão denota que a preocupação social em torno da prática, ia muito além da proteção da vida intrauterina, uma vez que ocorria a mitigação da reprovabilidade por questões morais.

Importante frisar também a disposição contida no art.302 do Código de 1890, pois ele introduz a noção do aborto legal ou necessário (para salvar a vida da gestante), que permaneceu na legislação posterior, qual seja o Código Penal de 1940, vigente até a atualidade.

O Código Penal de 1940 criminaliza a interrupção da gravidez voluntária quando praticado pela gestante ou por terceiro em qualquer fase da gestação, havendo apenas algumas excusas que mais adiante se abordará. Incluído no rol dos crimes contra a vida, o aborto encontra-se disciplinado entre os artigos 124 e 128 do Código Penal. Logo no primeiro artigo, tem-se o tratamento conferido à gestante e nos seguintes as disposições acerca do aborto quando provocado por terceiro, hipóteses nas quais há ainda a descrição da forma qualificada:

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

Pena - detenção, de um a três annos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez annos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro annos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze annos, ou é alienada ou debil 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.

Verifica-se pela leitura do tipo destinado à gestante (art.124), que este se divide em duas partes. Na primeira, há a descrição do denominado autoaborto, que se

caracteriza pela realização de manobras abortivas por parte da própria gestante. Já na segunda parte, tem-se a criminalização do consentimento dado pela gestante para que terceiro o provoque.

Os artigos subsequentes tratam do aborto praticado por terceiro. O artigo 126 prevê a modalidade em que o agente concretiza a conduta com o consentimento da gestante, cominando pena de reclusão de um a quatro anos. Comparado ao artigo 124, que trata do autoaborto e do consentimento da gestante, é possível perceber que o legislador, além da vida intrauterina visou proteger também a vida e integridade física da mulher, pois mesmo havendo anuência da genitora, o terceiro recebe tratamento penal mais gravoso. No mesmo sentido tem-se o artigo 125, que descreve a hipótese em que inexistente consentimento por parte da gestante. Neste caso a preocupação do legislador desvela-se de maneira ainda mais intensa, pois nesta situação a gestante figura-se tão somente como vítima. Tendo em vista o aumento dos bens jurídicos tutelados o código nesse caso prescreve pena de reclusão de três a dez anos.

Segundo os ensinamentos de Mirabete (2005, p.97), “O consentimento, que pode ser expresso ou tácito, deve existir desde o início da conduta até a consumação do crime, respondendo pelo art. 125 o agente quando a gestante revoga seu consentimento durante a execução do aborto”. Cumpre salientar a previsão contida no parágrafo único do art. 126 que dispõe sobre a presunção de invalidade do consentimento quando fornecido por gestante com idade inferior a 14 anos, alienada ou débil, bem como nos casos em que houve fraude, grave ameaça ou violência para sua obtenção.

Por fim, no art. 128, tem-se as hipóteses legais em que o aborto é permitido:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

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.

Muito embora a redação do artigo pareça indicar hipótese de ausência de culpabilidade ou punibilidade, o aborto necessário e o para gravidez resultante de estupro, são causas excludentes de ilicitude, despidindo o caráter criminal que a conduta inicialmente teria⁷.

⁷ MIRABETE, 2005, p. 99.

Conforme ressaltado anteriormente, o aborto necessário não foi uma inovação do atual código, uma vez que desde 1890 o legislador previu sua incidência, alterando-se apenas questões relativas a redação. O dispositivo mencionado somente previa a tipificação da conduta realizada por médico ou parteira que culminasse com a morte da gestante, desde que comprovada a imperícia ou negligência por parte dos agentes, desse modo, a exclusão da ilicitude retirava-se da interpretação realizada a contrário sensu, uma vez que não havia menção direta quanto a permissão para a efetivação do procedimento.

Por sua vez, a inclusão do “aborto sentimental” (praticado em caso de gravidez resultante de estupro), no rol das hipóteses em que se exclui a antijuridicidade, mostra-se como avanço legislativo do código atual, uma vez que não é razoável que se obrigue uma mulher a gestar um filho não desejado resultante de uma violência sexual sofrida por ela⁸.

Além das situações acima elencadas, após o julgamento da ADPF 54 de 2012⁹, entendeu-se pela possibilidade da interrupção voluntária em caso de gravidez de feto anencéfalo, uma vez que, considerando a inexistência da potencialidade de vida extrauterina, estar-se-ia impingindo à gestante sofrimento desnecessário e cruel ao impor a continuação da gestação. Contudo, a mudança realizada alcançou apenas a interpretação constitucional conferida quanto a ilicitude da conduta neste caso específico, uma vez que não foi acompanhada de qualquer alteração legislativa que a defina expressamente no código penal, conforme se depreende da leitura dos artigos.

Verificadas as transformações legislativas relativas ao aborto, passa-se agora a análise de como é realizada a persecução penal para os referidos tipos penais, bem como dos aspectos relevantes para aplicação da norma.

3. Aspectos processuais sobre o crime aborto e sua aplicação penal

No tocante as questões processuais, dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, que compete ao tribunal do júri o julgamento de crimes dolosos contra vida, rol no qual o aborto se encontra inserido, conforme se extrai da disposição contida no art. 74, §1º do Código de Processo Penal brasileiro. Entretanto, no

⁸ MIRABETE, 2005, p. 100.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012.

caso do art.124, como a pena mínima prevista é de um ano, será possível a suspensão condicional do processo quando preenchidos os demais requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, não chegando o processo sequer a fase da pronúncia, desde que cumprindo o tempo de prova sem intercorrências capazes de ensejar sua revogação.

A pronúncia, prevista no art. 413 do Código de Processo Penal brasileiro, cabível somente nos crimes dolosos contra a vida, é a decisão proferida pelo juiz de primeiro grau para que o processo seja julgado pelo tribunal do júri quando convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação do acusado. Caso não se encontrem presentes os requisitos acima mencionados, caberá ao juiz proferir decisão de impronúncia que porá fim ao processo sem analisar o mérito da questão.

Segundo dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)¹⁰, o número de abortos – incluindo os descritos nos arts.124, 125, 126 e 127 – tentados ou consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardavam julgamento em junho de 2014 totalizavam 770, dos quais 727 foram cometidos por pessoas do sexo masculino e apenas 43 do sexo feminino. Os dados constantes do relatório são oriundos do Infopen, sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos prisionais. Os números acima, encontram-se na tabela 11 do referido documento, que considerou apenas os quantitativos relativos aos dados informados por completo. Em virtude da inconsistência das informações, foram desconsiderados os dados fornecidos pelas cidades do Rio de Janeiro, Tocantins e Distrito Federal. A cidade de São Paulo, por sua vez, sequer respondeu ao levantamento.

Em que pese os dados do Infopen, uma pesquisa realizada pela Anis Instituto de Bioética e pela Universidade de Brasília (UnB), aponta que no ano de 2015 tenham sido realizados cerca de meio milhão de abortos no Brasil¹¹. Analisando criticamente o levantamento feito pelo Infopen e pelas estimativas sobre o número de abortos praticados no Brasil, pode-se chegar à conclusão de que a persecução penal em torno do crime de aborto mostra-se irrisória se comparada aos dados estimados quanto a sua prática. Muito embora os dados do levantamento e pesquisa acima mencionadas sirvam pra fornecer um panorama atual da situação, é possível depreender que não são capazes

¹⁰ Disponível em:< <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 03 Set 2017.

¹¹DINIZ, Debora et al. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. Ciência e saúde coletiva vol.22 n.2 Rio de Janeiro. Fev. 2017, p.653.

de fornecer os números exatos, seja pela inexistência de dados completos a serem fornecidos pelos gestores dos estabelecimentos prisionais, ou pela dificuldade enfrentada pela mulher em admitir ter praticado conduta criminalizada.

Apresentada a evolução da codificação brasileira acerca do aborto e verificados os dados relativos à realidade brasileira, marcada pela criminalização do aborto em qualquer fase da gestação, interessa verificar como é o tratamento do tema no âmbito internacional, a fim de que sejam analisados os argumentos suscitados e avanços do assunto pelo mundo, sobretudo nos países europeus, procedendo ainda a uma análise crítica sobre a atual conjuntura em que se encontra o Congresso Nacional e qual sua influência no debate a que se propõe este trabalho.

4. Tendências atuais acerca do tema

Dos 28 Estados-membros que compõem a União Europeia apenas um possui legislação totalmente restritiva quanto ao aborto, qual seja: Malta. Esse país, que é classificado por Torres (2012) como um dos mais misóginos do mundo, atualmente não prevê qualquer hipótese permissiva para a realização do aborto. Com grande influência exercida pelo movimento *Gift of Life* (Dom da Vida), Malta não prevê em seu ordenamento a possibilidade de divórcio e a vida pública revela-se intimamente condicionada a religião¹². Não obstante, o referido país representa uma exceção dentre os países europeus que, em suas legislações têm apresentados avanços quanto ao tema do aborto, encarando-o sob uma perspectiva menos ligada ao Direito Penal e mais afeita aos direitos fundamentais.

Desde meados do século passado, mais precisamente, a partir da década de 60, o mundo tem observado uma onda de liberação da legislação atinente ao aborto¹³, principalmente nos países europeus, com destaque para França, Alemanha e Espanha. Já na Itália, a alteração acerca da legislação sobre o aborto adveio do julgamento realizado pela Corte Constitucional que declarou, em 1975, a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal daquele país, que previa a punição do aborto, não ressaltando qualquer hipótese para sua realização. A referida Corte manifestou-se no sentido de que os direitos do nascituro podem entrar em colisão com outros direitos e que o direito

¹²TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 40-44, Jun 2012, p. 40.

¹³SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. ISSN 2238-5177, p.45.

daquele não pode ser considerado absoluto a ponto de os demais serem prejudicados, principalmente porque não há equivalência entre o ser humano já formado e o que ainda encontra-se em fase de desenvolvimento. Assim, a fim de coadunar-se com o entendimento jurisprudencial, posteriormente, em 1978, foi editada a lei que regulamentava o aborto na Itália, restando prevista a possibilidade de realização da interrupção da gravidez nos primeiros noventa dias, nos casos de risco à gestante, má-formação do feto e inclusive comprometimento das condições econômicas, sociais ou familiares, bem como em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção¹⁴.

Na França, a alteração legislativa relaciona-se às mudanças e pressões sociais perpetradas pela sociedade. Para Torres (2012) o manifesto público subscrito por 343 mulheres francesas admitindo já terem realizado um procedimento abortivo teve grande influência na promulgação da Lei Veil, que, em 1975, legalizou a interrupção voluntária da gravidez. Importante ressaltar que, em 1982, foi editada na França nova lei que obriga o Estado ao custeio de 70% dos gastos médicos relacionados ao aborto. Atualmente, o país permite a interrupção até a décima segunda semana e o aconselhamento prévio que antes era obrigatório, passou a ser facultativo¹⁵.

Na Alemanha, a evolução normativa não se deu de forma linear. A primeira lei editada para regular o tema data de 1974. Destinada a descriminalização nas primeiras doze semanas, tal norma foi submetida ao escrutínio Tribunal Constitucional Federal em 1975, que entendeu que o direito à vida do nascituro devia se sobrepor aos demais direitos com os quais estivesse em conflito, dentre eles o da privacidade. Assim, conformando-se à lógica exarada pelo Tribunal, procedeu-se a alteração legislativa que posteriormente restou revogada, em virtude da necessidade de unificação do país. Após a reunificação, em 1992, foi editada nova lei que voltou a permitir o aborto no primeiro trimestre da gravidez. No entanto, assim como aconteceu com o diploma anterior, o assunto foi novamente levado à análise do Tribunal Constitucional. Entretanto, dessa vez o posicionamento da Corte foi no sentido de que o direito à vida do nascituro não poderia ser tido como absoluto não tendo, portanto, o condão de eliminar, por completo, os direitos fundamentais de autodeterminação das mulheres, aduzindo ainda que, caberia ao legislador editar medidas fora da seara penal para proteger o nascituro. Em 1995, a fim de se adequar ao novo entendimento, o legislativo germânico previu a

¹⁴SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. ISSN 2238-5177 p.50-51.

¹⁵ Ibidem, p.49-50.

possibilidade da interrupção voluntária da gravidez até a décima segunda semana de gestação, adotando o modelo de aconselhamento, no qual a gestante, após a consulta, deverá aguardar um prazo de três dias para, enfim, realizar o procedimento¹⁶.

Já na Espanha, a Corte Constitucional foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade do projeto de lei de 1985 que visava alterar a codificação penal do país no tocante ao aborto. Neste momento, no Acórdão 53/1985¹⁷, entendeu-se que o projeto de lei era inconstitucional na medida em que não havia qualquer exigência de um diagnóstico prévio realizado por médico nos casos de aborto terapêutico ou eugênico. Através desta decisão, é possível chegar-se ao entendimento de que o direito à vida possui proteção constitucional com intensidade, entretanto, inferior à conferida aos direitos dos já nascidos, sendo cabível, portanto, a ponderação dos valores ora em conflito. O posicionamento utilizado no Acórdão 53/1985 serviu de base para a legislação produzida posteriormente, que prevê as mesmas hipóteses que a norma anterior, alterando somente esses pontos suscitados pela Corte. Ademais, é imperioso destacar que, naquele país, vem prevalecendo, desde então, o entendimento de que o risco de saúde à mulher deve ser analisado de maneira ampla, de modo a se alargar as hipóteses permissivas do aborto¹⁸.

Portugal, por sua vez, ainda que tardiamente – haja visto que só previu em 2007 após referendo popular, a possibilidade do aborto independentemente de motivação até dez semanas de gestação¹⁹ – também aderiu aos avanços verificados em outros países da Europa de que a vida intrauterina não é passível de proteção absoluta, podendo haver mitigação do direito à vida do feto quando diante de outros direitos. Nesse sentido, a Corte lusitana se manifestou no julgamento realizado em 1998, favoravelmente à possibilidade de realização de aborto nas primeiras dez semanas de gravidez²⁰.

Apesar de grande parte das discussões relevantes terem ocorrido em países europeus, o assunto ganhou espaço também nos Estados Unidos da América. Em 1973, quando a Suprema Corte do país julgou o caso *Roe vs Wade*, exarou o entendimento de

¹⁶SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. ISSN 2238-5177, p.51-54.

¹⁷Disponível em:<<http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433#completeresolucion&completa>>. Acesso em 03 outubro 2017.

¹⁸SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. ISSN 2238-5177, p.57.

¹⁹TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 40-44, Jun 2012, p.42.

²⁰SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. ISSN 2238-5177, p. 55.

que seria possível a interrupção voluntária da gravidez à luz do direito à privacidade, consagrado pela 14ª Emenda Constitucional daquele país. Assim, o referido julgamento fixou parâmetros para que os Estados legislassem acerca do tema, estipulando que somente a partir do terceiro trimestre de gravidez que o Estado poderia proibir o aborto, haja vista que com o desenvolvimento avançado da gestação, haveria possibilidade de vida extrauterina, ressalvada a hipótese de risco à gestante²¹.

Feito esse breve resumo sobre o tratamento legal do aborto no âmbito internacional, bem como os questionamentos elencados na tramitação dessas normas, principalmente quanto a sua constitucionalidade, é possível depreender que o discurso que vem sendo amplamente aceito pelas Cortes Superiores, é o de que a vida do feto deve ser considerada, contudo, outros direitos relacionados à vida, saúde e privacidade da gestante merecem ser sopesados, chegando mesmo a prevalecer em alguns casos. Ademais, do entendimento exarado pelos tribunais acima mencionados, é possível perceber a defesa do argumento de que a amplitude da tutela do nascituro está intimamente ligada ao nível de desenvolvimento da vida intrauterina, ou seja, analisa-se a possibilidade da vida fora do útero materno para que sejam criadas limitações ou mesmo total impedimento da prática a depender do quão avançada estiver a gravidez, justificando-se assim, o esmagador posicionamento que prevê como legal a realização do aborto no primeiro trimestre de gestação.

Conclui-se também que o entendimento jurisprudencial tem refletido papel importante na temática sobre o aborto, sendo em alguns casos o precursor para a definição de algumas hipóteses permissivas, sempre à luz da defesa e garantia dos direitos fundamentais das mulheres.

Ante o exposto, percebe-se dos julgamentos acima expostos, que o debate jurídico internacional sobre o assunto - sobretudo nos países europeus - apresenta grande riqueza argumentativa, tendo sido por este motivo, utilizado no presente trabalho. Ademais, observa-se que o entendimento do Superior Tribunal Federal²² tem caminhado no mesmo sentido que as Cortes Superiores agora exploradas, realizando o

²¹SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. ISSN 2238-5177, p.47-48.

²²BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.603. Relator Min. Marco Aurélio. Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012.

sopesamento de direitos e princípios constitucionalmente consagrados para decidir sobre a questão.

Conforme já salientado em tópico anterior, a última alteração normativa sobre o tema data de 1940 com a promulgação do atual Código Penal, o que demonstra que o assunto na seara legislativa não tem avançado, pelo menos não de maneira a acompanhar os entendimentos emitidos pelas Cortes Superiores internacionais e inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que conforme se observou, incluiu dentre as hipóteses permissivas, a interrupção voluntária da gravidez em caso de feto anencefálico. Considerando que para além de institutos jurídicos delineados pela doutrina, o Direito penal trata dos bens juridicamente relevantes para a sociedade, o reconhecimento dos direitos femininos demonstra-se como fator eminente para o progresso da discussão e em um ambiente dominado pelo conservadorismo os discursos feministas acabam por perder espaço e a defesa de argumentos favoráveis à criminalização de condutas tendem a prosperar.

Considerando a atual conjuntura política brasileira, as previsões quanto a possibilidade de avanços no tocante à legalização do aborto são desanimadoras, haja vista o resultado das eleições de 2014. Segundo os especialistas do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap), a atual composição do Congresso Nacional é a mais conservadora desde 1964²³, o que representa verdadeiro óbice às discussões sobre o assunto.

4.1. Argumentos desfavoráveis à descriminalização

Consagrado constitucionalmente no “caput” do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o direito à vida mostra-se como questão central para a delimitação do discurso anti-abortista, uma vez que, para seus defensores, a tipificação da conduta justifica-se pela necessidade da proteção do referido direito que se inicia no momento da concepção perdurando até a morte. Entendido como imanente à condição de ser humano, o direito à vida não é passível de ser condicionado a uma fase de desenvolvimento orgânico do ser humano, pois nos dizeres de Martins Filho (2005, p.177) apud Branco (2012a), o embrião não poderia desenvolver-se a ponto de ser considerado humano se já não o fosse antes.

²³ Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/3843910/nova-composicao-do-congresso-e-mais-conservadora-desde-1964>. Acesso em 03 outubro 2017.

Para os seguidores desse entendimento, desde o momento da fecundação, estar-se-á diante de um novo indivíduo com identidade biológica própria, ou seja, desde a concepção o nascituro deve ser protegido por tratar-se de um ser humano em desenvolvimento:

O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do homo sapiens. Isso é bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana (BRANCO, 2012b, p.293).

Para Branco (2012b) e demais entusiastas da corrente concepcionista, além da previsão constitucional, o direito à inviolabilidade da vida encontra-se corroborado pelos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Como exemplo, tem-se a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, de 1969²⁴, que dispõe em seu art. 4º, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, dizendo ainda que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. No mesmo sentido, tem-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1968²⁵, prevendo em seu artigo 6º que “o direito à vida é inerente à pessoa humana” e que “este direito deverá ser protegido pela lei”, bem como a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989²⁶, que estabelece também em seu artigo 6º que “os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”.

Para além da discussão doutrinária acerca do início da proteção do direito à vida, o debate atual sobre a questão vem sendo permeado por posicionamentos religiosos que condenam a prática. No âmbito da Igreja Católica, já na *Encíclica Evangelium Vitae*²⁷, o papa João Paulo II afirmava que: “As leis que legitimam a eliminação direta de seres humanos inocentes, por meio do aborto e da eutanásia, estão em contradição total e insanável com o direito inviolável à vida, próprio de todos os homens, e negam a igualdade de todos perante a lei”. Assim, tem-se a apresentação de um discurso absolutamente contrário às legislações que institucionalizam a prática do aborto.

Não obstante o debate sobre a descriminalização do aborto estar eivado de apontamentos religiosos, no julgamento da ADPF 54, realizado pelo STF no ano de

²⁴ Ratificada pelo Brasil em setembro de 2002.

²⁵ Ratificado pelo Brasil em janeiro de 2002.

²⁶ Ratificado pelo Brasil em setembro de 1990.

²⁷ *Evangelium Vitae*, n. 72, 2º parágrafo. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/cjp/a_pdf/em_ciclica_joao_paulo_2_evangelium_vitae.pdf >. Acesso em 30 set. 2017.

2012, restou clara a falta de consenso a respeito do tema quando, em audiência pública, foram ouvidas entidades representantes de diversos segmentos sociais, científicos e religiosos. Inclusive na seara médica foi possível perceber através do relatório do acordo que julgou a questão, a defesa pela proibição do aborto no caso de feto anencefálico, pois conforme posicionamento exarado por Dernival da Silva Brandão especialista em ginecologia, obstetrícia, medicina do trabalho e Presidente da Comissão de Ética e Cidadania da Academia Fluminense de Medicina e Elizabeth Kipman Cerqueira especialista em ginecologia e obstetrícia, ex-Secretária de Saúde do Município de Jacareí e Diretora do Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco, bem como pela especialista em biologia molecular Lenise Aparecida Martins Garcia, professora titular do Departamento de Biologia Molecular da Universidade de Brasília, que neste ato representou o Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem aborto, a interrupção voluntária da gravidez nesses casos deve ser classificada como uma prática eugênica, argumentando ainda que tal gestação não apresenta maiores riscos que uma gravidez gemelar.

Atualmente tramitam no Congresso Nacional 36 projetos de lei sobre o aborto, dos quais, 19 preveem o endurecimento das penas para a conduta²⁸. Dentre os mais relevantes projetos que defendem a criminalização do aborto, está o Projeto de Lei nº 478/2007²⁹, vulgarmente conhecido como Estatuto do Nascituro. Em sua justificção os autores da proposta, deputado Luiz Bassuma e Miguel Martini, argumentam que o estatuto visa a proteção integral do nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade que já se encontram presentes no ordenamento jurídico brasileiro em leis esparsas. Alegam ainda que, a ausência de uma regulamentação específica para o nascituro acaba por favorecer a proliferação de abusos com os não nascidos. Para tanto, o projeto prevê a exclusão da possibilidade de aborto em caso feto anencefálico e nos casos de gravidez resultante de estupro, além de criar a figura do aborto culposo e incluir o aborto no rol dos crimes hediondos.

²⁸ Disponível em: < <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,maior-parte-dos-projetos-no-congresso-sobre-aborto-preve-endurecer-a-pena,10000091795>>. Acesso em 22 out 2017.

²⁹ BRASÍLIA. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei 478/2007. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 e a Lei nº 8.072, de 1990. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F45FF6A7AA8CB05C127AF21D223875C9.proposicoesWebExterno2?codteor=443584&filename=PL+478/2007>. Acesso em: 19 out. 2017.

Como exemplo de projeto legislativo mais recente, é possível citar também a PEC 181 de 2015³⁰, que foi criada com o objetivo de alterar o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal para dispor sobre a licença-maternidade em caso de parto prematuro aumentando o tempo de permanência da mãe com o filho. Contudo, a PEC 181 sofreu mudanças substanciais através do parecer da comissão especial que produziu um substitutivo às propostas de emenda à Constituição. De acordo com a nova redação, além da alteração da licença-maternidade em caso de nascimento prematuro, seriam incluídos na Constituição a previsão do direito à dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da vida desde a concepção, o que na prática exclui as hipóteses que atualmente o Código Penal prevê em seu artigo 128, bem como a excludente de ilicitude obtida através de entendimento exarado pelo Superior Tribunal Federal na ADPF 54, haja vista que as normas contidas na Carta Magna gozam de abrangência superior às normas infraconstitucionais.

Não raro, nas discussões acerca do tema levanta-se ainda a hipótese de que a descriminalização da conduta resultará em um aumento exponencial no número de procedimentos, figurando a partir de então como mais um método “anticoncepcional” a ser usado pelas mulheres, bem como o relevo conferido a possibilidade de colocação da criança em família substituta através da adoção.

Desse modo, verifica-se que o assunto ainda não goza de unanimidade em nenhuma das searas que se propõe a discutir a questão, podendo-se encontrar argumentos contrários a descriminalização em todas elas, mas tendo sempre o direito à vida como viés principal para embasar os argumentos defendidos.

4.2 Argumentos favoráveis à descriminalização

Se de um lado tem-se a defesa do direito à vida, de outro, os favoráveis à descriminalização argumentam que a proibição da prática do aborto fere direitos da gestante de ordem constitucional, como a privacidade, saúde, autonomia, igualdade, bem como o princípio da proporcionalidade enquanto instrumento de sopesamento dos

³⁰ BRASÍLIA. Assembleia Legislativa. Projeto de Emenda Constitucional 181/2015. Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal para dispor sobre a licença-maternidade em caso de parto prematuro. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1586817&filename=Parecer-PEC18115-15-08-2017>. Acesso em: 19 out. 2017.

interesses conflitantes no caso concreto. Ademais pugnam pela retirada da tipificação invocando princípios do Direito penal e aspectos relacionados a saúde pública.

Entre as vozes mais influentes a emitir tal posicionamento está Luís Roberto Barroso que atualmente ocupa o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. Vale ressaltar que desde sua atuação como representante da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde no ajuizamento da ADPF 54, o jurista defende o direito de escolha da mulher no debate acerca da interrupção voluntária da gravidez. Recentemente, em seu voto-vista no Habeas Corpus nº 124.306, o ministro ressalta ser “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”, justificando ainda que:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: *os direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria³¹.

Ainda em seu voto, ele aborda o impacto gerado pela criminalização da conduta na vida das mulheres pobres, que impossibilitadas de realizarem o procedimento em clínicas médicas particulares, acabam por praticarem manobras abortivas desastrosas que por vezes levam a lesões graves e até mesmo óbitos.

Para parte considerável dos que coadunam com a posição favorável à descriminalização, não se trata de total desconsideração da proteção à vida e desenvolvimento do feto, mas sim de uma mitigação ao referido direito que, sob tal perspectiva, seria gradualmente conferido com maior abrangência na mesma proporção de desenvolvimento apresentado pelo produto da concepção. Esse é o entendimento dado pelo ministro Marco Aurélio, pois, em suas palavras:

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante

³¹Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 30 ago 2017.

ou com seu consentimento (de um a três anos)[74], a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento³².

No mesmo sentido, aduz Sarmiento³³ que a vida intrauterina também recebeu proteção constitucional, entretanto, com intensidade inferior a conferida aos já nascidos.

Além dos argumentos acima enunciados, os defensores da legalização criticam a tipificação da prática alegando que se observados os princípios limitadores do poder punitivo estatal, os artigos relativos ao aborto deveriam ser retirados da codificação penal por não atenderem a sua função precípua, que é a de impedir que a conduta criminalizada seja reproduzida. Um dos princípios utilizados é o da intervenção mínima do Direito penal que, de acordo com os ensinamentos de Bitencourt (2014), “orienta e limita o poder incriminador do Estado” acrescentando que “a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes”.

Isso quer dizer, que cabe ao Direito penal tutelar apenas o bem que não foi possível ser tratado pelos outros meios de controle sociais, pois se assim o for, ainda seguindo os dizeres do mencionado autor, “sua criminalização é inadequada e não recomendável”. Desse modo, para os defensores de tal tese, a criminalização do aborto se mostra descabida na medida em que conforme já analisado em tópico anterior, as estimativas acerca do número de abortos feitos no Brasil indicam que muito embora seja proibida, a prática continua sendo corriqueira, não havendo qualquer indicativo de diminuição em virtude da codificação penal e que os dados atinentes ao julgamento desses casos mostram-se irrisórios se comparados aos números dos procedimentos efetivamente realizados. À luz destes argumentos a criminalização do aborto, configura-se como ineficaz, vez que não reduz sua incidência.

Rebatendo o argumento de que a legalização da conduta incentivaria sua prática aumentando assim o número de abortos, Santos (1978) apud Brasil (2013, p.50-51), assevera que “objeções éticas falam em legalização da imoralidade, pelo estímulo à promiscuidade sexual, mas se (a) as leis incriminadoras não atuam como desestimulantes, então (b) as leis permissivas não atuaram como incentivo (do aborto ou da promiscuidade)”. Ou seja, se a criminalização se mostra insuficiente para a redução e

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012, p.59.

³³ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. ISSN 2238-5177, p.46.

prevenção da conduta, sua retirada da legislação penal não teria o condão de exortá-la, uma vez que a interrupção voluntária da gravidez se relaciona com a escolha da gestante em prosseguir ou não com a gestação.

Na seara legislativa, cumpre ressaltar o Projeto de Lei 882/2015³⁴, de autoria do deputado Jean Wyllys, que pretende revogar os artigos que criminalizam a prática do aborto e prevê a possibilidade de sua realização até às primeiras doze semanas de gestação, com base no poder de escolha e autodeterminação feminina e, a qualquer tempo em caso de risco à saúde e vida da gestante, bem como nos casos em que não há chances de vida extrauterina. Ademais, o projeto elenca várias medidas públicas a fim de realizar a educação sexual e garantir que a gestante esteja ciente de todas as possibilidades que possui, bem como seja orientada de todo o procedimento que será realizado, garantindo a realização do procedimento de maneira segura através do SUS. Em sua justificção, Jean Wyllys fundamenta o projeto de lei em pesquisas sobre o número de abortos praticados e argumenta que o problema deve ser analisado como questão de saúde pública e não sob o crivo do Direito penal, ressaltando que a criminalização não leva a redução da prática, mas, tão somente ao encaminhamento das mulheres que desejam abortar para a utilização de meios clandestinos capazes de ofender sua integridade física ou mesmo ceifar suas vidas. O deputado defende ainda que, a legalização do aborto propiciará a obtenção de dados seguros sobre o assunto e que as mulheres pobres são as maiores vítimas da criminalização.

Superados os argumentos utilizados na discussão acerca da criminalização do aborto, passa-se agora para análise das perspectivas e tendências atuais, principalmente no tocante ao direito à vida e saúde.

5. Para além do senso e do contrassenso no debate sobre o aborto no Brasil: o direito à vida e saúde - tendências e perspectivas

Assim como o direito à vida, o direito à saúde também encontra fundamento constitucional, estando elencado no “caput” do art. 6 da Carta Magna de 1988. Ademais, a saúde aparece como um direito social, conforme os dizeres do art. 196 da Constituição, segundo o qual é

um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

³⁴ BRASÍLIA. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei 882/2015. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015> . Acesso em: 19 out. 2017.

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação³⁵.

Não obstante o fato de a Constituição de 1988 não ter tratado expressamente sobre o aborto, a sua prática de maneira insegura tem se tornado pauta cada vez mais frequente nas discussões sobre saúde pública em todo o mundo. Segundo a Organização Mundial da Saúde³⁶, o aborto ocorre quando há interrupção da gravidez antes da viabilidade do produto da concepção, ou seja, seria a perda do concepto até a 20ª a 22ª semana completas ou com feto de até 500g. Quando iniciado sem o uso de instrumentos ou mecanismos externos, o aborto é considerado espontâneo, ocorrendo geralmente por problemas relacionados à saúde da mulher ou do próprio feto. Por outro lado, quando há emprego de agentes externos, químicos ou mecânicos capazes de realizar o processo abortivo, este será considerado provocado.

O aborto é considerado inseguro quando realizado por pessoas não habilitadas e/ou em local em desconformidade aos padrões médicos mínimos³⁷.

Estima-se que, em 2015, aproximadamente 416 mil mulheres realizaram aborto no Brasil e que em metade dos casos foi necessário a internação hospitalar para finalização do procedimento³⁸.

Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Saúde a curetagem pós-abortamento é o terceiro procedimento obstétrico mais realizado nas unidades de internação da rede pública de saúde³⁹. Ademais, a norma técnica que foi produzida com o objetivo de conferir atendimento humanizado à gestante após o aborto, aduz que sua prática revela a expressão das desigualdades sociais vividas no país, uma vez que, muito embora trate-se de conduta igualmente ilegal para todas as mulheres, estas seguirão trajetórias distintas a depender de sua condição econômica, restando às mais pobres, o caminho dos procedimentos inseguros que não raro, terminam com complicações

³⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 Out 2017.

³⁶ BORSARI, Cristina Mendes Gigliotti et al. Aborto provocado em mulheres da periferia da cidade de São Paulo: vivência e aspectos socioeconômicos. **Rev. Bras. Ginecol. Obstet.**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, p. 27-32, Jan. 2013, p.28.

³⁷ World Health Organization. (1992). The prevention and management of unsafe abortion. Report of a technical Working Group. Geneva, p. 3.

³⁸ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017, p.653.

³⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica. 2. ed. Brasília, 2011, p.11.

variadas, ou mesmo a morte. Outra preocupação levantada pela norma técnica, é o caso das gestantes adolescentes, que representaram no ano de 1998, 22,5% das internações por abortamento no SIH/SUS⁴⁰.

Em ofício enviado ao Senador Eunício Oliveira, a respeito da proposta de reforma do Código Penal brasileiro, o Conselho Federal de Medicina, exarou seu posicionamento acerca da descriminalização da interrupção da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação, identificando-se como favorável à autonomia da mulher e do médico, ressaltando que 92% das mortes maternas ocorridas no Brasil poderiam ser evitadas, sendo o aborto uma causa de extrema relevância, vez que em 2001 foram realizadas 243 mil internações por curetagens pós-abortamento no Sistema Único de Saúde⁴¹.

Considerando que o aborto induzido é tratado como conduta criminalizada, a análise de tais dados configura-se como método indireto para verificar a incidência de abortos feitos no Brasil. Segundo pesquisas realizadas em 2010 e 2016⁴², a conclusão obtida é a de que a quantidade de abortos se manteve estável, havendo alteração apenas na necessidade de atendimento hospitalar após sua prática, vez que não foi verificada mudança expressiva nos dados obtidos neste intervalo.

Ademais, quando classificadas por grupos, estima-se que a incidência é maior entre as mulheres que vivem nas regiões Norte/Centro-Oeste e Nordeste, respectivamente com 15% e 18%, ficando as regiões Sudeste e Sul com 11% e 6%, com escolaridade até quarta série/quinto ano (22%), com renda familiar total de até um salário mínimo (16%), que se autodeclararam como pretas, pardas, amarelas ou indígenas (13% a 25%), viúvas ou separadas (23%) e que já tem pelo menos um filho (15%)⁴³.

Assim, diante do cenário atual vivido no Brasil e no mundo, bem como das discussões jurisprudenciais, observa-se que o assunto tem-se desenvolvido à luz de uma perspectiva mais atenta as implicações acarretadas pelo aborto provocado, tendo grande relevo o papel desenvolvido pelos setores afetos com a questão de saúde pública, haja

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher. Brasília, 2001, p.148.

⁴¹Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiJgtuwsvWAhXEQZAKHe8SAzcQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Flegis.senado.leg.br%2Fsdleggetter%2Fdocumento%3Fdm%3D3516333&usg=AOvVaw3qqJR7k7js94tdfQz6NpCQ>>. Acesso em: 05 out 2017, p. 2.

⁴² DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, p. 959-966, Jun. 2010.

⁴³ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. p.658.

vista o impacto causado pelos números expressivos de internações e óbitos decorrentes do procedimento.

6. Considerações Finais

Passadas as análises propostas pelo presente trabalho, foi possível observar a ineficácia da tipificação do aborto no Brasil, haja vista que política atual adotada não reduz e nem cuida do problema em questão. Ao criminalizar sua prática, as mulheres se sentem forçadas a buscar meios ilegais e sem informação, muitas vezes, acabam optando por meios extremamente nocivos à própria saúde, algumas chegando ao ponto de se automutilar ou mesmo em alguns casos infelizes, ocorre a morte da gestante.

Ao criminalizar o abortamento sem elencar hipóteses nas quais a mulher possa decidir, o que se verifica na prática é a imposição de uma proteção desproporcional à vida intrauterina, tornando a mulher mera “incubadora”.

A questão desvela-se ainda mais dramática quando se está a falar do autoaborto, pois ele é solitário. Ao ser criminalizado, a mulher não pode tornar pública sua decisão e, encontra-se sob uma encruzilhada em que todas as opções lhe são penosas, pois a ela cabe rebelar-se contra a imposição proibitiva e arriscar-se submetendo-se a procedimentos nem sempre confiáveis ou acatar a lei, gestando em seu útero um filho indesejado, figurando apenas como um instrumento, incapaz de sequer decidir sobre seu próprio destino.

O mesmo Estado que se abstém e nega às mulheres o direito ao aborto seguro, é o que posteriormente processará e julgará algumas poucas em situações de vulnerabilidade para mostrar que o direito à vida merece proteção. Por mais que se possa questionar a obtenção dos dados acerca do aborto, uma vez que se trata de procedimento ilegal e, portanto, não raro há receio em se admitir tal conduta, um padrão se mostra comum nas duas pesquisas realizadas em 2010 e 2016, que evidencia a incidência prevalentemente em mulheres negras, pardas e indígenas de baixa renda e pouca escolaridade. Isso quer dizer que essas mulheres só sofrerão a intervenção estatal em suas vidas quando forem alvos da persecução criminal, haja vista que, durante seu desenvolvimento até a vida adulta, lhe foram negados direitos fundamentais possivelmente capazes de ter interferido positivamente em suas vidas, e evitado a dolorosa e angustiante gravidez indesejada.

Embora não se tenha percebido avanços legislativos no cenário nacional a respeito do tema, e nem exista no momento perspectiva de mudança dessa situação no

Congresso Nacional, verifica-se uma tendência mundial que aponta pela necessidade de se analisar o aborto sob um viés mais relacionado ao campo da saúde, com foco nos direitos afetos a autonomia e saúde da mulher.

7. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Marcel Vinicius de Marino Duenhas. **O direito ao aborto: reflexões a partir da criminologia**. 2013. 74f. Monografia : (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em:<<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35626/46.pdf?sequence=1>>. Acesso: em 20 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher. Brasília, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/porta-l/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.603. Relator Min. Marco Aurélio.

BRASÍLIA. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei 478/2007. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 e a Lei nº 8.072, de 1990. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F45FF6A7AA8CB05C127AF21D223875C9.proposicoesWebExterno2?codteor=443584&filename=PL+478/2007>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASÍLIA. Assembleia Legislativa. Projeto de Emenda Constitucional 181/2015. Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal para dispor sobre a licença-maternidade em caso de parto prematuro. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1586817&filename=Parecer-PEC18115-15-08-2017>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASÍLIA. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei 882/2015. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015> . Acesso em: 19 out. 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Proteção do Direito à Vida: A Questão do Aborto**. OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. Disponível em:<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/677/464>>. Acesso em: 30 set. 2017.

BORSARI, Cristina Mendes Gigliotti et al . Aborto provocado em mulheres da periferia da cidade de São Paulo: vivência e aspectos socioeconômicos. **Rev. Bras. Ginecol. Obstet.**, Rio de Janeiro , v. 35, n. 1, p. 27-32, jan. 2013.

CASTELBAJAC, Matthieu de. **Aborto legal: elementos sociohistóricos para o estudo do aborto previsto por lei no Brasil**. Revista de Direito Sanitário. São Paulo v. 10, n. 3, Nov. 2009/Fev. 2010. p. 39-72.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 15, supl. 1, p. 959-966, jun 2010 .

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017.

Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 set. 2017.

Evangelium Vitae, n. 72, 2º parágrafo. Disponível em:< http://www.dhnet.org.br/direitos/cjp/a_pdf/emciclica_joao_paulo_2_evangelium_vitae.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

HENTZ, Isabel Cristina. **A honra e a vida:** Debates Jurídicos sobre o aborto e infanticídio nas primeiras décadas do Brasil republicano. 2013. 261f. Dissertação (Mestrado) -Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106848/318380.pdf?sequence=1>>. Acesso em 15 set. 2017.

Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brazil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 23ª ed.São Paulo: Atlas, 2005.

Ordenações Filipinas. Liv. I. Tít. LXXIII, “Dos quadrilheiros”, § 4. Disponível em:<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p167.htm>>. Acesso em: 18 Set. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Aborto, a política do crime.** *In* Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense. n. 35, jan/jun 1978.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. **Cienc. Cult.**, São Paulo , v. 64, n. 2, p. 40-44, Jun 2012 . Disponível em:<http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252012000200017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 out. 2017.

World Health Organization. (1992). The prevention and management of unsafe abortion. Report of a technical Working Group. Geneva. Disponível em:<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/59705/1/WHO_MSM_92.5.pdf>. Acesso em: 03 set. 2017.