



FACULDADE DE INHUMAS

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS

CURSO DE DIREITO

THAÍS CRISTINA ALVES PEREIRA

**ABORTO E AS DOMINAÇÕES SOBRE O FEMININO: da
violência simbólica ao impedimento do direito sobre o próprio corpo.**

**INHUMAS-GO
2017**

THAÍS CRISTINA ALVES PEREIRA

**ABORTO E AS DOMINAÇÕES SOBRE O FEMININO: da
violência simbólica ao impedimento do direito sobre o próprio corpo.**

Monografia apresentada ao Curso Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor (a) orientador (a): Ma. Marcela Iossi.

INHUMAS – GO

2017

THAÍS CRISTINA ALVES PEREIRA

**ABORTO E AS DOMINAÇÕES SOBRE O FEMININO: da
violência simbólica ao impedimento do direito sobre o próprio corpo.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da Aprovação: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Profª Ma. Marcela Iossi Nogueira - FacMais
Orientadora e presidente

_ Profª Dra. Ana Júlia Nascimento.
Convidado(a)

Prof. Esp. Leandro Marques Rodrigues
Professor indicado pela Instituição de Ensino

Dedico esta monografia a todos os meus professores, que não mediram esforços na luta de nos ensinar seus conhecimentos, o que me fez conseguir chegar até aqui e conseguir fazer esta monografia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ser o meu centro de tudo.

Aos meus pais, que são minha base, pela força e apoio que me deram.

A minha professora orientadora, que me ajudou muito, me puxou a orelha, mas me abriu os olhos de diversas formas, me auxiliou com materiais, com conversas, se não fosse ela eu não teria conseguido. Obrigada de coração, Marcela Iossi!

Aos professores que nos engradeceram com seus conhecimentos e nos colocaram para cima nos momentos de dificuldades.

Aos colegas de curso, alguns, que foi sempre um ajudando o outro, dando apoio e incentivando.

Ao meu namorado, que me ouviu todas as vezes que eu estava desesperada pois o medo de não conseguir falava mais alto, onde ele me incentivou e me colocou para cima todas as vezes, me mostrando que eu era capaz, me motivando a acreditar em mim.

Livre desenvolvimento do ser humano demanda o reconhecimento de sua dignidade, de uma existência digna que tem seus pilares construídos na medida em que a sociedade evolui e novos direitos vão sendo reconhecidos como essenciais para sua concretização, o que não pode restringir-se a um rol de direitos expressos em leis, a tipos legais, os quais, justamente em razão de estarem positivados, sofrem uma inevitável defasagem, tornando-se insuficientes para atingir o fim ao qual se destina, qual seja, garantir à pessoa humana as condições para seu pleno florescimento e evolução.

Lima Neto

RESUMO

Esta monografia é de natureza dialética, com uma metodologia exploratória através de levantamentos bibliográficos, sendo também uma pesquisa descritiva. Tem por objetivo analisar e compreender os tipos de aborto, sendo uma pesquisa explicativa porque pretende identificar os fatores que levam as mulheres a praticar o aborto. Pesquisas sobre o tema como ideologias, opiniões contra e a favor, estudos a partir da análise de direitos humanos fundamentais concedidos pela Constituição Federal e pelas normas de Direito Civil e Direito Penal também englobarão este estudo. Será abordado nesta monografia, o direito da mulher sobre o seu corpo, sua sexualidade e sua reprodução, apontando os papéis sociais da mulher, as violências simbólicas e a dominação do masculino e imposição de valores. Será conceituando aborto e vida, mostrando as espécies de aborto e os dados do aborto no Brasil. E finalizando este trabalho com o aborto e as compreensões no mundo jurídico, apontando a legislação comparada do aborto ao redor do mundo, a legislação sobre o aborto no Brasil e os posicionamentos e entendimentos das Tramitações da Atualidade.

Palavras-chave: Corpo Feminino. Aborto. Direitos. Violência.

ABSTRACT

This monograph is of dialectical nature, with an exploratory methodology through bibliographical surveys, being also a descriptive research. It aims to analyze and understand the types of abortion, being an explanatory research because it intends to identify the factors that lead the women to practice abortion. Research on the subject as ideologies, opinions against and in favor, studies based on the analysis of fundamental human rights granted by the Federal Constitution and by the norms of Civil Law and Criminal Law will also encompass this study. In this monograph the women's right to their body, their sexuality and their reproduction will be approached, pointing out the social roles of women, symbolic violence and male domination and the imposition of values. It will be conceptualizing abortion and life, showing the species of abortion and abortion data in Brazil. And ending this work with abortion and understandings in the legal world, pointing to the comparative legislation of abortion around the world, legislation on abortion in Brazil and the positions and understandings of the Treatments of Today.

Keywords: Body Female. Abortion. Rights. Violence.

LISTA DE SIGLAS

CDD	Católicas Pelo Direito de Decidir
CF	Constituição Federal
HC	Habeas Corpus
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PFDC	Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão
PGR	Procurador-geral da República
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O DIREITO DA MULHER SOBRE SEU CORPO, SUA SEXUALIDADE E SUA REPRODUÇÃO	13
1.1 OS PAPEIS SOCIAIS DA MULHER	14
1.2 AS VIOLÊNCIAS SIMBÓLICAS	20
1.3 A DOMINAÇÃO DO MASCULINO E IMPOSIÇÃO DE VALORES	22
2 CONCEITO DE VIDA E ABORTO	24
2.1 ÉSPECIES DE ABORTO	25
2.1.1 Aborto Espontâneo	26
2.1.2 Aborto Acidental	26
2.1.3 Aborto Provocado	26
2.1.4 Autoaborto.....	26
2.1.5 Com consentimento	26
2.1.6 Sem consentimento	26
2.1.6.1 Falta de consentimento real	27
2.1.6.1.1 Fralde	27
2.1.6.1.2 Grave ameaça	27
2.1.6.1.3 Violência real	27
2.1.2 Falta de consentimento presumido	27
2.1.2.1 Gestante menor de quatorze anos	27
2.1.2.2 Gestante alienada ou débil mental	28
2.1.3 Aborto iniciado o parto.....	28
2.1.4 Aborto necessário	28
2.1.5 Aborto sentimental	28
2.1.6 Aborto eugênico	28
2.2 DADOS DO ABORTO NO BRASIL GERAL	28
2.3 CONCEPÇÃO, NASCIMENTO E VIDA, UMA PROBLEMATICA CONSTRUIDA	30
3 ABORTO E AS COMPREENSÕES DO MUNDO JURÍDICO	34
3.1 A LEGISLAÇÃO COMPARADA: ABORTO AO REDOR DO MUNDO	34
3.2 LEGISLAÇÃO SOBRE ABORTO NO BRASIL	35

3.3 POSICIONAMENTOS E ENTENDIMENTOS SOBRE AS TRAMITAÇÕES DA ATUALIDADE	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48
ANEXOS	54

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a abordagem de temática relacionada ao aborto diante dos direitos da mulher sobre o próprio corpo. É um tema que vem tomando certa repercussão na mídia e na sociedade, em razão de opiniões controversas.

Acontece que as construções sociais que o abordam são fundadas muito em sentimentos religiosos e embasados em um moralismo acrítico que nasce em uma sociedade que acredita que a mulher deve ser submissa ao homem, e por essa razão não tem voz sobre os regramentos que afetam seu próprio corpo.

A mulher vem tomando espaços grandiosos em meio a sociedade, o que antes não era se possível, como por exemplo seu poder de voz, hoje a mulher tem o poder de decisão em suas mãos. Antes o papel social da mulher era unicamente o daquela que lavava, passava, cozinhava e era tida como aquela que gerava filhos, ou seja, só lhe cabia ser mãe e esposa.

Esta pesquisa, objetiva esclarecer dúvidas e passar conhecimentos, talvez antes não apresentados aos que terão acesso a este trabalho, sobre como o Direito vem, a partir de construções históricas, morais e consuetudinárias tratando o aborto.

Ante o exposto, apresenta-se o problema da referida pesquisa, qual seja: Na atualidade, os entendimentos do mundo jurídico se têm modificado afim de desconstruir uma lógica onde a mulher não pode ter direitos sobre seu corpo, sua sexualidade e sua reprodução?

O que se pretende é oferecer maior visibilidade do modo como o direito percebe o tema, dizendo da possibilidade de realizar o aborto no Brasil e das implicações que isso traria para quem o realizasse.

O método será auxiliado pela pesquisa bibliográfica, buscando o saber para a resolução do problema, utilizando livros, eventuais jurisprudências, artigos e outros meios de informação como internet para melhor desenvoltura do tema proposto, com isso os conhecimentos serão aprofundados. Ainda, realizar-se-á uma análise de direitos humanos fundamentais concedidos pela Constituição e pelas Normas de direito civil e penal.

Os referenciais teóricos que me darão pistas da temática serão construídos com base nas leituras das normas postas pela Constituição da República Federal do Brasil, pelo Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40. Além disso, serão utilizados alguns

ensinamentos de Joan Scott, Simone de Beauvoir, Pierre Bourdieu, Alexsandro Nascimento Caldas, Fernando Capez, Celso Delmanto e José Afonso da Silva, dentre outros. As leituras dos trabalhos destes autores permitiram perceber um viés de análise que procura evidenciar a mudança histórica da mulher na sociedade, mostrando sua luta nas conquistas de seus direitos e os amparos legais dados a ela.

Para tal, a pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro capítulo apresentará especificamente a luta da mulher pela conquista de seus direitos, seu lugar na sociedade ao longo da história e seu impedimento de dar voz e exteriorizar sentimentos e poderes sobre si própria. Serão apresentadas também nesse capítulo as vitórias da mulher, enquanto categoria de gênero, os inúmeros direitos conquistados e as lutas que ainda deverão ser travadas, em especial sobre o abortamento.

O segundo capítulo será responsável por apresentar os conceitos de vida e de aborto, além de enumerar os tipos deste. Apontar-se-ão técnicas e dados sobre os modos de aborto e, serão trazidas algumas normas de Direito alienígena, apenas na intenção de comparar os regramentos estrangeiros e brasileiros.

No terceiro capítulo, que fecha a pesquisa, serão apresentadas as Legislações que amparam o tema abordado e os posicionamentos e entendimentos dos nossos tribunais quando em sede da temática que aqui apresentamos.

Postos e discutidos os três capítulos, a hipótese a ser testada é de que, apesar das conquistas femininas que se dão desde o século XIX, o Brasil ainda não permite que a mulher tome as decisões que guardem relação com seu próprio corpo em razão de valores que se construíram historicamente e que juridicamente ganharam força.

1 O DIREITO DA MULHER SOBRE SEU CORPO, SUA SEXUALIDADE E A REPRODUÇÃO

Várias correntes teóricas tentaram sistematizar as possíveis causas da referida “sujeição feminina”, que contribuíram no não reconhecimento do direito da mulher ao seu corpo, a sua sexualidade e sua reprodução. Dentre essas correntes teóricas ressalta-se aquelas que definem a origem da subordinação das mulheres a partir da dominação masculina e do patriarcado.

O termo autonomia deriva-se do grego, *autônomos*, onde *auto* significa próprio e *nomos* significa lei, regra, norma. Sendo assim, a autonomia da pessoa em realizar aquilo que acredita ser bom.

Quando se fala em autonomia, se verifica a existência da liberdade de pensamento, sem que haja coação, sendo assim, a autonomia é a liberdade moral, onde é conferida a todos devendo ser respeitada. Se não há a liberdade, não se tem o que falar em autonomia.

Acerca da Teoria Geral dos Direitos da Personalidade, Lima Neto (2003, p. 116) diz ser:

[...] fundada na ideia de que o livre desenvolvimento do ser humano demanda o reconhecimento de sua dignidade, de uma existência digna que tem seus pilares construídos na medida em que a sociedade evolui e novos direitos vão sendo reconhecidos como essenciais para sua concretização, o que não pode restringir-se a um rol de direitos expressos em leis, a tipos legais, os quais, justamente em razão de estarem positivados, sofrem uma inevitável defasagem, tornando-se insuficientes para atingir o fim ao qual se destina, qual seja, garantir à pessoa humana as condições para seu pleno florescimento e evolução.

Em todo aparato jurídico, se encontra normas, que limitam a autonomia das pessoas sobre o seu corpo, tanto quanto a sua sexualidade, quanto no que se refere à vida e à morte. Neste contexto, também encontra-se o Estado, que tem a finalidade de limitar os direitos fundamentais.

Os direitos sexuais e reprodutivos são moldados por um Estado conservador, que desfalca a autonomia, impondo assim um modelo de conduta. Ponte de Miranda (2000, p. 325) defini que:

[...] não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de ser nas relações das pessoas entre si. Não basta, pois, limitar o poder público; é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas.

Em síntese, a liberdade tem como princípio a dignidade da pessoa humana, a qual se encontra no fundamento do Estado Democrático de Direito.

1.1 OS PAPEIS SOCIAIS DA MULHER

O direito do trabalho é uma consequência do processo de formação do capitalismo. Sendo regra, norma e imposição de leis que regulamentassem o trabalho, principalmente, na sua relação com os detentores dos meios de produção e os trabalhadores. Travando uma luta dos trabalhadores no interior do capitalismo, reivindicando melhores salários, segurança, aposentadoria e condições de vida.

O direito do trabalho, com a necessidade de abrandar os conflitos de ordem trabalhista como instrumento de tutela dos trabalhadores, tratou também, da condição de trabalho da mulher enquanto produção industrial e em setores da economia capitalista.

Sobre a condição de trabalho da mulher, Nascimento (2007, p. 188) diz que:

O processo industrial criou um problema que não era conhecido, quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar, por 14, 15, 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.

Na segunda metade do século XIX, foram criadas, na Inglaterra, as primeiras leis para proteção ao trabalho da mulher, como por exemplo, a Coal Mining Act, de 1842. Esta lei de trabalho nas minas de carvão proibia o emprego de mulheres e de crianças menores de 10 anos, mas a situação continuou a mesma do passado (ENGELS, 1985, p. 283). Em 1850, a proteção às crianças passou para 12 anos (MINES, 2011). Foi criada também a lei Factory Act, de 1844, que reduziu o horário de trabalho das crianças, e aumentou a dos jovens e das mulheres, limitando a 12

horas nos primeiros cinco dias da semana. Surgiram também outras leis, em 1878, que restringiu e protegeu o trabalho da mulher e dos menores.

A partir daí outros países como a França, Alemanha e Suíça passaram também a legislar sobre a proteção ao trabalho da mulher, mas eram legislações esparsas.

Tem-se admitido a literatura jurídica que o primeiro instrumento jurídico de estatura constitucional a assegurar os direitos da mulher no mercado de trabalho, foi a Constituição Mexicana de 1917, consequência da vitória do movimento revolucionário zapatista.

A Constituição Mexicana (1995-2006) em seu artigo 123, inciso V, alínea, veda a discriminação salarial de acordo com o sexo do trabalhador: “A trabajo igual corresponderá salario igual, sin tener en cuenta el sexo”.

A mesma Constituição em seu artigo 123, protege a maternidade, onde assegura que:

Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia, tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos (MÉXICO, 1995-2006).

Trata-se do direito do trabalho da mulher no início do século XX, o que estava bem a frente da realidade daquela época.

O artigo 123 da Constituição Mexicana, em seu inciso XV, protege também o trabalho da mulher quando ela está grávida, dizendo:

El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso.

A Constituição Mexicana em seu artigo 123, inciso XI, assegurou a seguridade social:

La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:
c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por días, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.

Com o passar do tempo a mulher deixa de ser vista como progenitora e passou a ser aquela que cria, educa e se responsabiliza por todos os cuidados com os filhos, o que foi chamado de “exaltação da maternidade”.

As normas protetoras do trabalho da mulher, aplicadas, muitas vezes criavam barreiras para o acesso das mulheres no mercado de trabalho.

Araújo (2003, p. 73), entende que essa diferença de tratamento é porque:

Trata-se de diferenças que atendem à procriação e à maternidade, situações que exigem uma proteção incomum ao trabalho desenvolvido pelas mulheres. Essa tutela especial a certas classes de pessoas está, inclusive, de acordo com o Direito Internacional Público.

No Brasil, no início do século XX, possuía algumas fabricas e a indústria era insciente. Carmen Lúcia Evangelho Lopes, em sua obra “O que todo cidadão precisa saber sobre sindicatos no Brasil” (1986, p. 12-13), diz que: “A exploração do trabalho da mulher e do menor era gravíssima, sendo inúmeros os casos de crianças de 10/12 anos maltratadas pelos chefes”.

Com esses fatores surge então a organização operária, construída por líderes sindicais de coloração anarquista e socialista vindos da Europa. Após organizarem-se em sindicatos, passaram a lutar, promoverem greves por direitos trabalhistas e sociais, visto que o Estado era inerte em relação a esses direitos em razão dos interesses da burguesia.

Francisco Pereira Costa em sua obra “Direito e gênero Repercussões da violência doméstica nas relações de trabalho e a aplicabilidade do art. 9o, § 2o, II, da Lei no 11.340/2006” (2011, p. 06) afirmou que:

A omissão do Estado na regulamentação dos direitos dos trabalhadores contribuiu para um atraso na ratificação das convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de modo que as leis que começaram a surgir, objetos das conquistas do operariado brasileiro, deram-se de forma esparsa.

Em 1919 a OIT, influenciada pela normatização, de mesmo salário para trabalho igual de homens e mulheres da revolução zapatista. Entre 1919 e 1930 surge leis esparsas estaduais que tratam da redução da jornada de trabalho e férias, mas nada específico sobre as mulheres, pois a proteção ao trabalho da mulher no Brasil aparece muito tardiamente.

Somente em maio de 1932, é aprovada, no âmbito do Congresso Nacional, a primeira lei de proteção ao trabalho da mulher (Decreto n. 1.417/32), o que é, um estatuto de direitos feministas do trabalho nas indústrias, minas e subsolos, proteção e auxílio à maternidade, creches, direito de amamentação, proibição do trabalho noturno (BRASIL, 1932).

Na Constituição de 1934, foi positivado dispositivos constitucionais que empreguem a proteção ao trabalho da mulher, no artigo 121, § 1º, alíneas “a”, “d” e “h”:

Art. 121 – A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º – A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:
 a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
 d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
 h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.

Em 1970, as mulheres organizam a luta e a reivindicação de que os direitos humanos também devem ser direitos humanos das mulheres. Durante a Revolução

Francesa, em 1789, foi o momento em que se teve a grande oportunidade de consagrar os direitos humanos como direitos humanos das mulheres, mas foram sufocados por discursos conservadores.

Em 1975, no México, acontecia a I Conferência Mundial sobre a Mulher, onde o grande intuito deste encontro foi a elaboração da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

A Conferência Internacional de Direitos Humanos, ocorreu em 1993, em 163 países membros presentes, onde aprovaram a Declaração e Programa de Ação, e declararam, no item 18, que:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional.

Com os avanços e conquistas que os direitos humanos das mulheres conquistaram, outro documento internacional que também merece destaque é a “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”, que também é conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, onde conceitua, faz recomendações, e explicita as violências contra a mulher e as condena.

É conceituado como violência contra a mulher, qualquer ação, baseada em gênero, que cause a morte, dano ou sofrimento tanto físico, sexual ou psicológico a mulher, podendo ser no âmbito público ou privado.

A Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), vigente no Brasil, é uma das normas internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres.

Acerca das reivindicações das mulheres, Costa (2011, p. 09), afirma que:

Ao longo do processo histórico de afirmação das lutas e reivindicações dos movimentos feministas, no Brasil e no mundo, as mulheres buscaram não só atuar, agir de forma direta nas questões que requeriam soluções imediatas, mas também qualificar política e cientificamente essas ações. De modo que, com essa preocupação, definiram várias questões, como foi o conceito de violência contra a mulher.

GALINKIN (2007, p. 15), define violência contra a mulher como sendo:

[...] resultado das diferenças que se expressam nas relações de poder, de dominação e submissão existentes entre os sexos, ratificando os estudos acadêmicos e posições políticas em relação a gênero que se desenvolveram no contexto dos movimentos feministas e a partir destes. Tais relações entre os sexos são socialmente construídas, distribuindo de forma desigual o poder entre homens e mulheres. Enquanto construções sociais, são aprendidas no processo de socialização dos membros de uma sociedade, e se reproduzem de geração em geração.

Taciana Gouveia e Sílvia Camurça, em sua obra “O que é gênero” (1997, p. 08) reforçam a ideia sobre a desigualdade da mulher, onde diz que: “[...] as relações de gênero produzem uma relação desigual de poder, autoridade e prestígio entre as pessoas de acordo com o seu sexo. É por isso que se diz que as relações de gênero são relações de poder. ”

Costa (2011, p. 10), especifica os locais de maior ocorrência de violência contra a mulher, onde segundo ele ocorre no espaço doméstico, na moradia, no lugar de acolhimento, ou seja, em lugar onde as mulheres sentem sossego, e em via de regra, os agressores são os próprios parentes, pessoas que possuem alguma relação de afinidade com a vítima.

A Lei n. 11.340/2006, em seu artigo 9º, parágrafo 2º, inciso II, ampara sobre a proteção ao contrato de trabalho da mulher em situação de violência, onde diz que:

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:
II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

Costa (2011, p. 15), fala sobre a manutenção do vínculo trabalhista, citado no inciso II do artigo 9º da Lei n. 11.340/2006, onde ele diz que: “[...] durante o afastamento está-se diante de uma espécie de estabilidade provisória, sendo defesa a demissão. Posto que o que a lei prevê é a garantia da manutenção do emprego após expirado o período de afastamento. ”

Mais à frente o referido autor continua sua ideia dizendo que:

[...] não há obrigatoriedade de o empregador romper o vínculo empregatício, uma vez que este está protegido pelo princípio da continuidade da relação de

emprego; se não configurada nenhuma das hipóteses previstas no art. 482 da CLT, está-se ferindo a Constituição Federal de 1988, art. 7º, caput, I, que protege o trabalho contra despedidas arbitrárias e sem justa causa.

Em apreço ao princípio da continuidade da relação de emprego, cabe ao empregador provar o motivo da despedida, o motivo pelo qual rompeu a relação de emprego, caso contrário, recusando-se manter o vínculo empregatício, deve ser condenado a danos morais.

A IV Conferência da ONU, sobre o papel social da mulher, em Pequim, em 1995, apontou dois conceitos para designar a presença da mulher na sociedade. O primeiro é empowerment, que significa atribuir poder e responsabilidade às mulheres, onde este conceito, reconhece a diferença entre homem e mulher, saindo da ideia igualitária imposta pelo feminismo e indo para o conceito de paridade. Indicando também que sem a plena e ativa participação das mulheres nos processos de decisão, não é possível um desenvolvimento social e ecologicamente sustentável. A partir desta Conferência veio a mensagem sobre o novo protagonismo feminino, que comporta a vontade de estar, ao lado do homem na gestão e na responsabilidade de tudo que implica a vida humana. O segundo conceito, é chamado de *mainstreaming*, que significa que o ponto de vista das mulheres deve ser respeitado nas decisões políticas, econômicas, sociais e ambientais, sendo como um eixo integrador transversal a passar todas essas realidades.

1.2 AS VIOLÊNCIAS SIMBÓLICAS

Pierre Bourdieu, em "O Poder Simbólico" diz que existe um poder menos visto ou pode se dizer até mesmo invisível. Este poder é exercido pela ausência de importância da sua existência, onde esse poder movimentava vários outros poderes e ações, quando reconhecido, está diante do poder simbólico.

O poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. (BOURDIEU, 1989, p. 7)

O autor continua sua ideia dizendo que (1989, p. 09) o poder simbólico é um poder de construção da realidade que tem a se voltar a estabelecer uma ordem *gnoseológica*, ou seja, é o sentido imediato do mundo, supondo-se a que Durkheim chama de "*conformismo lógico*", que seria "uma concepção homogênea do tempo, do

espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências”. Para Bourdieu essa é a primeira síntese.

Bourdieu (1989, p. 10), continua dizendo que a cultura dominante contribui para a inclusão da classe dominante, para a inclusão fictícia da sociedade no seu todo, sendo assim, à “desmobilização”, ou seja, a falsa consciência das classes dominadas, para então a validação da ordem estabelecida pelo estabelecimento das distinções hierárquicas e para a legitimação destas distinções.

Para Bourdieu (1989, p. 11), os sistemas simbólicos, cumprem o papel de função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para propiciar a dominação de uma classe sobre a outra, dando o ressaltado de sua força às relações de força, que fundamentam e contribuem, segundo a expressão de Weber, para a “domesticação dos dominados”. As diversas classes e frações de classes estão envolvidas em uma luta dita como simbólica para imporem a definição do mundo social conforme seus interesses. Podendo conduzir esta luta diretamente em conflitos simbólicos na vida cotidiana, como também por procuração, por meio da luta travada pelos especialistas da produção simbólica, onde está em jogo o monopólio da violência simbólica legítima, ou seja, do poder de impor. Essa é a segunda síntese para o autor.

Bourdieu (1989, p. 12), define a classe dominante como sendo:

O lugar de uma luta pela hierarquia dos princípios de hierarquização: as frações dominantes, cujo poder assenta no capital econômico, têm em vista impor a legitimidade da sua dominação que por meio da própria produção simbólica, quer por intermédio dos ideólogos conservadores os quais só verdadeiramente servem os interesses dos dominantes *por acréscimo*, ameaçando sempre desviar em seu proveito o poder de definição do mundo social que detêm por delegação; a fração dominada [...] tende sempre a colocar o capital específico a que deve a sua posição, no topo da hierarquia dos princípios de hierarquização.

Para Pierre Bourdieu, a violência simbólica é o meio de exercício do poder simbólico, onde esse sistema de dominação que vem desde o simbólico pode chegar à violência física.

Existem várias formas de expressão de violência simbólica que as mulheres sofrem, como por exemplo: “E se você fizesse uma dieta?” “E se você fizesse uma plástica?” “E se você alisasse o cabelo?” “E se você vestisse uma roupa assim?”.

Uma das violências invisibilizadas pela sociedade é a violência simbólica. Seus corpos são inseridos em um código de subalternidade e normatividade.

Os principais responsáveis dessa violência simbólica são a mídia, o Estado e algumas religiões fundamentalistas, onde estes impõem determinados sistemas de crenças. Esses códigos são reproduzidos por homens e mulheres.

Os corpos são questionados desde a infância, porque se vive em uma sociedade fundada no patriarcalismo e todas as cobranças e imposições são direcionadas às mulheres. A violência simbólica legitima o discurso dominante e as práticas de discriminação. Essas narrativas são reforçadas pela mídia, onde as mulheres negras representam os negros nas novelas, exercendo papéis de servidão e com corpos objetificados. Nas propagandas, os modelos brancos e corpos magros são ditos como o padrão e o certo.

Os meios de comunicação produzem subjetividades ligadas ao sistema hegemônico, que é capitalista, machista, racista e LGBTfóbico, formando assim o capital simbólico.

A Câmara dos Deputados apresentou o Projeto de Lei 5069, onde dificulta a mulher a ter acesso à pílula do dia seguinte em casos de estupro, formando assim o discurso de dominação, que subalterna e nega às mulheres direitos pelo corpo.

1.3 A DOMINAÇÃO DO MASCULINO E IMPOSIÇÃO DE VALORES

A dominação sofrida pelas mulheres é algo que existe desde a existência do mundo, pois foi algo criado pelo homem, pois criaram e deram a eles um "poder" que acreditam ter sobre as mulheres, onde ditam como elas devem se portar, se vestir, seus afazeres e obrigações e entre tantos outros. Bourdieu (2012, p. 33) em *A Dominação Masculina*, diz que:

A força particular da sociodicéia masculina lhe vem do fato de ela acumular e condensar duas operações: ela legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela própria uma construção social naturalizada.

Bourdieu (2012, p. 38) diz sobre as regras impostas pelos homens:

A moral feminina se impõe, sobretudo, através de uma disciplina incessante, relativa a todas as partes do corpo, e que se faz lembrar e se exerce

continuamente através da coação quanto aos trajes ou aos penteados. Os princípios antagônicos da identidade masculina e da identidade feminina se inscrevem, assim, sob forma de maneiras permanentes de se servir do corpo, ou de manter a postura, que são como que a realização, ou melhor, a naturalização de uma ética.

O mesmo autor ainda continua seu pensamento dizendo que a postura submissa imposta às mulheres cabilas representa o limite máximo da que até hoje se impõe às mulheres, e que, revela-se em alguns imperativos, como por exemplo, sorrir, baixar os olhos, aceitar as interrupções. Como se a feminilidade se medisse em “se fazer pequena”, mantendo as mulheres encerradas em uma espécie de *cercos invisíveis*, enquanto os homens tomam maior lugar com seu corpo, sobretudo em lugares públicos.

Assim exposto, conclui-se que a dominação sofrida pelas mulheres é algo imposto desde a antiguidade, onde foi dado poderes aos homens, fazendo com que as mulheres fossem submissas a eles, devendo cumprir o que lhe era imposto e desta forma deixando talvez de ser a pessoa que realmente eram, pois elas não possuíam o direito de agir conforme suas vontades e nem como acreditavam ser o certo. As mulheres não possuíam o direito de pensar, deveriam simplesmente cumprir as imposições a elas dadas.

No próximo capítulo, será apresentado o conceito de vida e de aborto, apontando e explicando suas classificações e mostrando dados do aborto no Brasil.

2 CONCEITO DE VIDA E DE ABORTO

O seguinte capítulo, tem por objetivo apresentar os conceitos de Vida e de Aborto explicando os seus tipos e apontando dados do aborto no Brasil.

O conceito de vida é muito amplo, possuindo vários posicionamentos, dificultando assim encontrar um conceito pronto e certo. Entendemos que esse conceito pode recorrer a conhecimentos diversos para se explicar, científico, religioso, filosófico ou, dentro do próprio senso comum. Até no nosso dicionário Aurélio tentou-se definir o que é vida dando-nos 13 tentativas de definição.

Assim, teríamos conceitos do tipo, o momento em que a alma passa a habitar o corpo físico, amplamente divulgado entre os religiosos, ou o momento da concepção. Para a igreja católica, o início da vida se inicia com a fecundação. Para o Judaísmo a vida começa somente no 40º dia, quando começa a adquirir forma humana. Para o Islamismo começa-se a vida somente 120 dias após a fecundação quando “Ala” sopra a alma ao feto. Para o Hinduísmo a alma e a matéria se encontram na fecundação, logo o embrião já possui vida. Para a Genética começa-se a vida na fertilização quando o óvulo é fecundado pelo espermatozoide. Para a Ciência Embriológica a vida tem início na 3ª semana de gestação, quando é estabelecida a individualidade humana. Para a Ciência Neurológica a vida inicia-se logo que se tem início das atividades elétricas no cérebro. Para a Ciência Ecológica inicia-se quando o feto estiver apto a viver fora do útero, ou seja, quando estiver com pulmões formados, sendo entre a 20ª e a 24ª semana.

O Código Civil em seu artigo 2º diz que a personalidade civil da pessoa, começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, os direitos do nascituro desde a concepção. O Tratado Internacional São José da Costa Rica, em seu artigo 4º diz que toda pessoa tem o direito de que seja respeitada sua vida, onde esse direito deve ser protegido por lei e, em geral desde o momento da concepção, onde ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Também se poderia dizer que vida é apenas possuir a capacidade de dominar seu próprio corpo físico e sobre ele tomar as decisões, preferimos aqui utilizar o conceito de José Afonso da Silva, para quem o direito de viver se caracteriza, em especial, por não ter sua vida interrompida por outro, por seguir o ciclo biológico natural. Segundo Silva (1999, p. 201), o direito à existência:

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao da morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria.

Alguns entende-se que é direito a vida que ninguém interrompa o ciclo de vida, assim como existem alguns que para eles a vida começa antes mesmo do nascimento.

A expressão aborto vem do latim “*aboriri*” que significa separar do lugar adequado. O aborto existe desde o século XXVIII a.C., descoberto na China, e sendo praticado em todo o mundo, usando a premissa de controlar o crescimento populacional. Os primeiros a posicionar sobre a prática abortiva defendiam o ser em formação, a gestante e a sociedade em seu direito de ter novos cidadãos.

Aborto é a ação de abortar, com ou sem a expulsão do feto, mas com o intuito de resultar a morte do nascituro.

O Aborto é tipificado como crime pelo Código Penal Brasileiro entre os artigos 124 e 126 do mesmo, tratando-se de crime contra a vida. Segundo ponto de vista médico legal, considera-se aborto a interrupção da gravidez até a 20^a ou 22^a semana, ou até mesmo quando o feto mede até 16,5 centímetros.

Capez (2008, p. 119), diz que aborto seria:

A interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto. 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 pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.

Em resumo, pode-se dizer que o aborto seria a interrupção da vida dentro do útero.

2.1 ESPÉCIES DE ABORTO

Cumpre-nos antes de falar mais do tema especificar as diversas espécies de aborto compreendidas na legislação e doutrina brasileira.

2.1.1 Aborto Espontâneo

É excluído, quando este se torna inviável, por motivos de ordem física, biológica, ou qualquer outra causa natural, ocorrendo o aborto espontâneo, não existindo qualquer conduta que possa ser objeto de atuação do Direito Penal.

2.1.2 Aborto Acidental

É definido como aquele decorrente de influências externas, que provoque ou da causa à interrupção da gestação com a morte do nascituro, livre de qualquer vontade.

2.1.3 Aborto Provocado

Este decorre de uma conduta, vontade de forma direta ou indiretamente à promover a interrupção gestacional, de forma a suprimir a vida, para o Direito Penal é esta a conduta incriminatória do aborto.

2.1.4 Autoaborto

O aborto é provocado e realizado pela própria gestante ou realizado por terceiro, com ou sem consentimento da grávida.

2.1.5 Com consentimento

No caso de aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante têm-se condutas autônomas, resultando na morte do nascituro.

2.1.6 Sem consentimento

O aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, conforme aponta Capez (2005, p. 119) que “é a forma mais gravosa de aborto, a que merece maior reprovabilidade por parte do ordenamento jurídico”.

Quanto ao consentimento da gestante, pode-se dividir a ausência deste consentimento em:

2.1.6.1 Falta de consentimento real

A gestante não manifesta sua vontade ou não tem oportunidade de se manifestar, ou ainda, manifestando-se contra a prática do aborto, este é realizado contra a sua vontade. A falta de consentimento real possui três hipóteses:

2.1.6.1.1 Fraude

Não há o emprego de ferramentas no sentido de ludibriar a gestante, provocando o aborto sem o seu conhecimento e consentimento.

2.1.6.1.2 Grave Ameaça

Há a promessa de um mal grave e injusto à gestante, visando obrigá-la a se submeter e permitir a realização do aborto.

2.1.6.1.3 Violência Real

É caracterizado pelo emprego de força física contra gestante, visando provocar-lhe aborto.

2.1.2 Falta de consentimento presumido

Mesmo havendo a manifestação de vontade por parte da gestante no intuito de realizar o aborto, sua manifestação, por suas condições pessoais, é considerada nula, não sendo considerada para efeitos do enquadramento jurídico penal, considerase então, como se o aborto tivesse sido provocado sem o consentimento da gestante. Hipóteses:

2.1.2.1 Gestante menor de quatorze anos

Sendo a gestante menor de quatorze anos, é presumido que ela não pode consentir sobre a realização do aborto, sendo desconsideração qualquer manifestação de vontade da mesma.

2.1.2.2 Gestante alienada ou débil mental

A falta de discernimento ou a incapacidade de coordenar as ideias e de agir conforme o entendimento sobre a realidade impede o reconhecimento da validade sobre a manifestação de vontade por parte desta pessoa.

2.1.3 Aborto iniciado o parto

Não se fala mais em aborto, havendo crime, será classificado como homicídio ou, em determinadas circunstâncias, infanticídio. Não existe o aborto na modalidade culposa, se por negligência, imprudência ou imperícia a gestante chegar a finalidade abortiva, a conduta será atípica.

2.1.4 Aborto Necessário

Praticado pelo médico quando for entendido que não há outro meio para salvar a vida da gestante. Aborto permitido no Brasil.

2.1.5 Aborto Sentimental

Gravidez gerada através de estupro. A gestante não é obrigada a dar continuidade nesta gestação. Aborto permitido pela legislação.

2.1.6 Aborto Eugênico

Quando o nascituro herdará dos pais doenças ou anormalidades físicas ou mentais. Aborto permitido no ordenamento jurídico.

2.2 DADOS DO ABORTO NO BRASIL GERAL

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a cada dois dias, uma mulher morre no país, vítima de aborto clandestino, sendo que mais de 1 milhão de mulheres no país se submetem a abortos clandestinos anualmente.

A Pesquisa Nacional de Aborto, realizada em 2010 pela antropóloga Debora Diniz e pelo sociólogo Marcelo Medeiros, relatou que mais de uma em cada cinco mulheres entre 18 e 39 anos de idade, já recorreu a um aborto na vida.

A Organização Mundial da Saúde tem uma estimativa de que 47 mil mulheres morrem todos os anos no mundo por complicações relacionadas a abortos clandestinos. Entende-se ainda que todos os dias mais de 2 (duas) mil mulheres abortam no Brasil.

Mulheres pobres, negras, morrem em abortos clandestinos por não possuírem condições financeiras para bancar uma clínica de aborto segura e confortável, sendo que muitas destas clínicas cobram o que quer e paga quem puder.

Nos últimos anos, o Sistema Único de Saúde realizou cem vezes mais procedimentos pós-aborto do que abortos legalizados. Em 2014, quase 200 (duzentas) mil mulheres se submeteram ao procedimento como curetagem ou aspiração (estes procedimentos podem ser necessários em casos de aborto espontâneo, ilegal ou de complicações pós-parto). No mesmo ano, segundo dados preliminares do Ministério da Saúde, somente 1,6 mil realizaram aborto legal.

A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) (ANEXO A), encaminhou ao procurador-geral da República (PGR) documento com argumentos para subsidiar parecer do PGR na ação de inconstitucionalidade 442, que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF). Entende-se que no Brasil, além de ferir o direito à saúde, a criminalização do aborto, atinge de forma desproporcional as mulheres em condições de vulnerabilidade econômica e social, ofendendo assim o princípio da igualdade. Tratados Internacionais e compromissos assumidos pelo Estado brasileiro reforçam a necessidade de adoção de medidas para a prevenção de abortos inseguros e também para que seja respeitado o direito das mulheres à autonomia de suas decisões tanto na saúde sexual quanto reprodutiva.

No texto, assinado pela procuradora federal dos Direitos do Cidadão (2017), Deborah Duprat, em conjunto com o Grupo de Trabalho Direitos Sexuais e Reprodutivos, da PFDC, a respeito dos princípios que são feridos pela discriminação do aborto, ela diz que além de violar os direitos fundamentais das mulheres, que estão previstos na Constituição Federal, a criminalização do aborto também encontra em

desacordo com diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento, em 1994, Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim, em 1995, e o Consenso de Montevideu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe, em 2013.

O documento encaminhado ao procurador-geral da República defende o caráter gradual da proteção jurídica conferida ao desenvolvimento fetal e embrionário, onde aponta que há a reflexão jurídica medico-científica amadurecida, quando diz que a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana é um critério adotado para resolver a colisão de interesses entre os direitos da mulher e aquele da vida intrauterina. Segundo a PFDC, este conjunto de reflexões traz em si consenso de que, antes da formação do córtex cerebral (que só acontece no segundo trimestre da gestação) não há propriamente a pessoa, sendo assim o nascituro é incapaz de sentimento e pensamento.

A PFDC, usou também como argumento para subsidiar a análise da ADPF, que a interrupção da gravidez em condições clandestinas constitui a 4ª causa de mortalidade materna no Brasil, sendo que o aborto é a primeira causa de óbito materno. Mulheres negras teriam maior risco de morrer do que as mulheres brancas, pois são mais pobres e enfrentam maior dificuldade de acesso aos serviços de saúde.

A PFDC, ainda faz um alerta, pois a desproporcionalidade de mulheres negras, pobre e que vivem nas regiões Norte e Nordeste, com base nos dados da Pesquisa Nacional sobre Aborto 2016, mostra-se que metade das mulheres que fez um aborto ilegal no Brasil precisou ser internada, constituindo assim um adoecimento desnecessário, além de impactar os recursos públicos de saúde. E a PFDC, continua sua argumentação dizendo que se precisa de uma educação que invista na igualdade de gênero.

2.3 CONCEPÇÃO, NASCIMENTO E VIDA, UMA PROBLEMATICA CONSTRUIDA

A partir do final dos anos 1960 e início dos anos 1970, a Igreja Católica passou a se posicionar de forma mais severa ao assunto aborto, pois para ela nada justificava o assassinato de um inocente reforçando a premissa dos deveres conjugais na promoção e manutenção da reprodução humana.

Durante os seis primeiros séculos a punição do aborto não era relacionado ao crime contra a vida e sim um crime contra a honra. Gonçalves (2008, p. 51), diz que somente a partir do século XIX, na separação dos Estados nacionais e religião é que a defesa da vida passou a ser de forma mais consistente no discurso religioso em favor do feto como bem absoluto e a ideia de aborto sendo um pecado em si.

A Bíblia em suas Sagradas Escrituras, especifica punições àqueles que praticarem ou forem flexíveis com a prática abortiva. O Livro do Êxodo, capítulo XXI, versículos 22 e 25, trazem isso:

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

O Código de Hamurabi, considerado um dos mais antigos diplomas jurídicos, já previa penalidades para casos de aborto provocado, onde as penalidades seriam conforme as consequências geradas. Onde levava-se em consideração também se a mulher era livre ou escrava, sendo escrava o valor a indenizar era menor, onde a quantia era paga ao seu senhor, se a mulher fosse livre, o valor de ressarcimento era maior, onde a reparação do dano poderia ser até mesmo a morte de uma filha daquele que provocou o aborto (Matielo, 1996, p. 12 e 13).

O Código de Manu, aplicado na Índia, a prática de aborto foi considerada como sendo de cunho ilícito, podendo a penalidade chegar a morte de quem provocou, segundo Matielo (1996, p. 13):

(...) se dele resultasse a morte de gestante pertencente à casta dos padres, o responsável sofreria castigos como se houvesse ceifado a vida de um "Brahmane", sendo este submetido a penas corporais que, em grau máximo, levariam à morte.

Os Assírios, puniam de forma severa a prática abortiva, aplicando pena de morte aqueles que praticassem a prática em mulheres que não tivessem filhos. Puniam também as mulheres que praticassem essa manobra abortiva sem o consentimento de seu marido, que resultaria em sua morte (MATIELO, 1996, p. 13).

O Código de Conduta, na Pérsia, tem a questão do aborto como: se a jovem, por vergonha, destrói seu gérmen, seus pais serão culpados e ambos partilharam do delito e serão punidos com morte infamante, onde serão submetidos a execração pública e executados (MATIELO, 1996, p. 13).

O início da civilização romana, a punição da pratica do aborto tornou-se de caráter privado, onde o poder familiar ou "*pater familiae*", que significa que o pai é o chefe da família, atribui a este o poder absoluto sobre os filhos e sobre os que ainda estavam para nascer. Caso a esposa abortasse sem o consentimento do marido, ele poderia puni-la, podendo ser até com a morte (MATIELO, 1996, p. 14).

No período da Republica Romana, o aborto foi tido como ato imoral. Tal pratica foi muito utilizada pelas mulheres, principalmente por aquelas que se preocupavam com a aparência física, onde neste período a aparência física tinha grande importância no meio social. Com essa importância o número de aborto foi grandiosa, levando assim aos legisladores a considerarem o aborto com um ato criminoso. A lei Cornélia, como punição, punia as mulheres com pena de morte, caso consentisse com a pratica abortiva. Aplicava-se a mesma sanção para aqueles que praticassem o ato abortivo, com a possibilidade de abranger caso a gestante não falecesse com a pratica abortiva (MATIELO, 1996, p. 14).

Matielo (1996, p. 15) diz que posteriormente surgiu o cristianismo, que modificou totalmente a visão que se tinha a respeito do aborto, pois com o seu nascimento veio a tona a conceituação de aborto e a crença de que o homem possuía uma alma e esta é imortal, onde o homem sendo criado à imagem e semelhança de Deus, não era detentor do poder de vida e morte sobre os outros, pois este poder é tão somente do Criador. Criou-se duas correntes entre os filósofos cristãos, na busca de responder se o feto teria ou não uma alma dada por Deus. A primeira corrente afirma que o feto só adquiriria alma com o parto, a partir do momento em que o nascente respirasse, pois seria neste momento que a alma entraria em seu corpo. A segunda corrente afirma, que o nascituro adquiriria proteção divina com a concepção. No desejo de solucionar a indagação sobre possuir ou não alma o feto, houve uma teoria onde pregava-se a diferenciação os fetos em: animados e inanimados. Os fetos animados eram classificados aqueles que possuíam o corpo praticamente formado. E os fetos inanimados eram aqueles que cuja partes do corpo ainda encontravam-se em formação, não podendo distingui-las. Sendo assim entendiam que eles não possuiriam alma, não gozando de defesa como aquele que possuía alma.

Após a fase de discussões acerca da problemática do feto possuir alma, concluiu-se que o feto merecia proteção desde a concepção, existindo uma obrigação de proteção do nascituro e de seu direito a vida, pois sua alma existiria desde a união do masculino e feminino.

Barchifontaine (1999, p. 16), diz que no fim da idade média, Santo Tomás de Aquino, com base nos conceitos biológicos da época, defendeu a ideia de que a animação se dava para o homem em apenas 40 dias após a concepção e para a mulher em 80 dias. Baseado nesta teoria o aborto foi considerado permitido, pois tinha que o feto ainda não seria um ser humano. A Igreja Católica não concordava pois destruiu o elo entre a "procriação e o sexo". O autor afirma que essa ideia predominou até o século XIX, quando foi aceita a teoria do homúnculo e desde então foi terminantemente proibido a prática do aborto, mesmo que a vida da gestante corresse risco, dava-se preferência ao feto, pois tinham que a mãe já havia recebido o sacramento do batismo, tendo a possibilidade de alcançar o Reino dos Céus.

No fim do século XIX e início do século XX, surge na Europa, e com mais força na Inglaterra e França, movimentos feministas, defendendo a anticoncepção e o direito da mulher ao aborto. Na década de 20, nos países escandinavos e socialistas, houve uma maior flexibilidade na legislação. Na Revolução de 1917, na Rússia, o aborto deixou de ser tido como crime. Nos anos 50, esta legislação influenciou os demais países socialistas.

Barchifontaine (1999, p. 17), afirma que as manifestações foram significativas ao ponto de conseguirem mudar a legislação da Itália referente ao aborto, lugar onde se encontra a sede da Igreja Católica e seu representante máximo. Onde essa luta política é uma consequência da evolução dos costumes sexuais e do novo papel adquiridos pelas mulheres a partir dos anos 60, na sociedade, passando a ter uma participação ampla e a brigar por seus direitos, contudo sobre o controle sobre seu corpo.

Entende-se que a luta pela não criminalização da prática do aborto, vem desde muito tempo, onde as mulheres lutaram e lutam até hoje pelo seu direito de escolha sobre o seu corpo, sua sexualidade e sua reprodução. Mesmo com legislações, doutrinas que proíbem o ato de praticar o aborto, com exceções dos casos protegidos em lei, o número de mulheres que se submetem a esta prática é grandiosa.

No próximo capítulo, será abordado mais a fundo do tema indo para a compreensão do mundo jurídico sobre o mesmo.

3 ABORTO E AS COMPREENSÕES DO MUNDO JURÍDICO

Neste capítulo será apresentado as compreensões do aborto no mundo jurídico, apontando as legislações comparadas do aborto ao redor do mundo e a legislação que prevê o aborto no Brasil bem como os posicionamentos e entendimentos das tramitações da atualidade.

A pratica abortiva é existente em todos os lugares do mundo, vez que cada lugar possui a sua postura sobre este ato, possuindo suas legislações e seus entendimentos sobre. Têm-se a informação que a pratica do aborto é existente desde o século XXVIII a.C., descoberto na China.

3.1 A LEGISLAÇÃO COMPARADA: ABORTO AO REDOR DO MUNDO

Em alguns países, o aborto é legalizado ou permitido, como por exemplo os Estados Unidos. Há também lugares onde liberaram o aborto por razões socioeconômicas, permitindo então que as mulheres tenham acesso ao procedimento de forma segura. Já em algumas nações, é exigido a permissão dos pais ou do marido para a pratica do aborto.

Em outros lugares existem punições para as mulheres que abortam, como em El Salvador, onde elas podem ser condenadas em até 30 (trinta) anos de prisão por homicídio.

No continente, somente a Cuba, Guiana, Guiana Francesa e o Uruguai que legalizaram o aborto.

No Uruguai, desde dezembro de 2012, as mulheres Uruguaias podem realizar a interrupção da gravidez indesejada em segurança e legal, com a vigência da Lei de Interrupção da Gravidez (lei de aborto). Segundo um balanço oficial do governo uruguaio, no período de um ano da vigência desta lei, foram realizados 6.676 (seis mil seiscentos e setenta e seis) abortos seguros, onde nenhuma mulher faleceu. Do início da vigência da lei até novembro de 2013, a média foi de 556 (quinhentos e cinquenta e seis) abortos por mês, o que significa aproximadamente 18 (dezoito) abortos por dia. Do total de abortos realizados desde o início da lei, em apenas 50 (cinquenta) casos, cerca de 0,007%, houve complicações leves. O caso de uma mulher que realizou um aborto clandestino, fora de um centro de saúde,

aparentemente usando uma agulha de crochê, foi o único caso de morte registrado, pois a mulher já teria chegado em estado grave no hospital.

Em 1971, na França, 343 mulheres fizeram um manifesto, admitindo terem praticado aborto, o que foi o estopim para a legalização do aborto em 1975, com a criação da Lei Veil.

Na Austrália, o aborto é admitido, dependendo de autorização médica. Na China e no Canadá, é admitido em todos os aspectos. Na Coreia do Norte é admitido o aborto necessário, que é quando não se tem outro meio de salvar a vida da gestante. No Egito, se a mulher tiver algum tipo de doença, como câncer ou diabete, é admitido. Na Índia, é admitido quando há risco de vida para a saúde física e mental da mulher, quando a gravidez não é desejada, por estupro ou crimes sexuais e também por razões de situação econômica da gestante, mas não é concedido por simples solicitação. Em Israel, é admitido quando há risco psicológico ou físico para a gestante, em casos de malformação fetal e o humanitário. No Japão, em casos de malformação fetal, enfermidade mental ou retardamento mental da mulher ou do seu cônjuge, risco de vida para a mulher, estupro e incesto, sendo admitidos até 20ª semana de gestação. No México, é admitido os abortos sentimental e necessário. Na Rússia, é admitido até 12 semanas de gravidez, sendo gratuito.

O Sistema Internacional dos Direitos Humanos, referente ao aborto, consagra o princípio que os Estados devem assumir o aborto como uma questão de saúde pública, excluindo todas as medidas punitivas impostas as mulheres que realizam o aborto, afastando o enfrentamento do sistema penal, que impede que as mulheres tenham o acolhimento necessário do Estado.

3.2 LEGISLAÇÃO SOBRE ABORTO NO BRASIL

A Constituição Brasileira protege a vida humana sem distinções, considerando que a vida se inicia na fecundação do espermatozoide no óvulo, onde a partir desde momento garantindo ao embrião todos os direitos civis. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Capítulo I, também protege o embrião desde a sua concepção, citando especificamente as condições que devem existir para efetivar o nascimento.

O Brasil em sua legislação atuante, Código Penal, prevê aborto como crime, instituído em seu artigo 124 e seguintes do mesmo.

A Legislação só compreende que o aborto não é tido como crime em casos onde não há outro meio de salvar a vida da gestante (artigo 128, I do Código Penal), em caso de estupro (artigo 128, II do Código Penal) gravidez de feto anencéfalo (STF, no julgamento da ADPF nº 54 de 12-4-2012) e em casos que a gestante esteja infectada pelo vírus Zika (STF, ação direta de inconstitucionalidade ADI 5581).

3.3 POSICIONAMENTOS E ENTENDIMENTOS SOBRE AS TRAMITAÇÕES DA ATUALIDADE

O aborto é um tema que está sendo muito falado e debatido na atualidade, mesmo sendo uma prática já existente a muito tempo.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) (ANEXO B), no dia 29 de novembro de 2016, em julgamento de Habeas Corpus (HC) 124306, afastou a prisão preventiva de acusados da prática de aborto em uma clínica clandestina, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, alcançou a maioria, ele entendeu que o aborto não pode ser criminalizado nos primeiros três meses de gestação, onde o mesmo disse que:

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.

E continuou seu pensamento dizendo a respeito dos direitos fundamentais, que são os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua autonomia ao fazer suas escolhas existenciais, a sua integridade física e psíquica onde é a mulher quem sofre os efeitos da gravidez e também a igualdade da mulher, vez que os homens não engravidam e a equiparação de gênero deve respeitar a vontade da mulher sobre engravidar. Segue o trecho:

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

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.

Por fim, concluiu apontando que existem vários países desenvolvidos e democráticos que não tipificam como crime a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre:

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.

Está decisão foi mais uma confirmação de que a Suprema Corte, em algumas decisões, apresenta uma compreensão mais ampla e democrática dos Direitos Humanos, da justiça social e também de uma aproximação maior da opinião da sociedade brasileira.

A pesquisa IBOPE/CDD realizada em julho de 2006 feita em 143 municípios, realizou 2002 entrevistas que foi constatado que quase metade dos brasileiros (48%) desconhece as situações onde o aborto pode ser feito legalmente. Durante a pesquisa os entrevistados foram estimulados a apontar os casos em que o aborto é permitido. 56% dos entrevistados apontaram a gravidez resultante de estupro. 44% disseram as situações onde a mãe corre risco de vida. 45% falaram da má formação fetal. 25% apontaram a interrupção quando a mãe tem AIDS. 7% disseram que por falta de recursos financeiros. 4% quando a mãe decide. 3% quando o método anticoncepcional falha.

A pesquisa constatou que os entrevistados com renda superior a dez salários mínimos e moradores de municípios com população acima de cem mil habitantes são os que apontaram maior conhecimento sobre os casos abortivos. As pessoas com maior escolaridade, residentes na região sudeste do país, em especial nas capitais, que possuem serviços disponíveis de aborto legal e com maior renda familiar possuem maior conhecimento da legislação sobre o aborto.

Em novembro de 2010, o IBOPE a pedido da Organização não governamental Católicas pelo Direito de Decidir (CDD), realizou uma pesquisa com o

objetivo de investigar a favorabilidade do aborto à população, levando em consideração as circunstâncias que ocorreu a gravidez. Foram aplicadas três perguntas pelo IBOPE e os resultados apontaram que quase 70% da população brasileira concorda que uma mulher possa interromper a gestação quando está em risco de vida ou quando o feto não possui nenhuma chance de sobreviver após o nascimento. 53% afirmaram concordam com a interrupção da gravidez quando é decorrente de estupro. 96% afirmam que não é papel do governo proibir as mulheres a realizem aborto nestas condições, mas sim o papel de oferecer atendimento nos hospitais públicos. Quando questionados sobre quem deve decidir sobre a interrupção de uma gravidez não planejada, 61% dos entrevistados afirmaram ser a mulher. 5% dos entrevistados entendem ser as instituições sociais como a Igreja, o Congresso Nacional, o Poder Judiciário e o Presidente da República. A população que se declara católica que foi entrevistada mostrou posicionamento favorável ao direito das mulheres de decidir.

O grupo Católicas pelo Direito de Decidir (CDD), divulgou uma pesquisa encomendada ao IBOPE, realizada em fevereiro de 2017, onde os dados revelaram que 64% dos brasileiros entendem que a decisão de abortar é da mulher, um crescimento de três pontos percentuais em comparação com a pesquisa realizada em 2010. Houve também o aumento de 6% para 9% aqueles que atribuem o poder de decisão ao parceiro. 6% disseram ser do Judiciário. 4% da Igreja. 2% da Presidência da República e 1% do Congresso. Os que consideram que nenhum destes devem decidir sobre o aborto, passou de 20% para 10% no levantamento atual.

O grupo CDD divulgou resultados da pesquisa encomendada ao IBOPE, realizada em fevereiro de 2017, onde foi investigado o grau de concordância dos entrevistados referente a prisão da mulher que precisou recorrer ao aborto. Cerca de 64% demonstraram discordar total ou parcialmente da afirmação, um aumento de 5 pontos percentuais na comparação com a pesquisa realizada em 2013. É notado que a discordância é mais acentuada entre os mais velhos, os com maior escolaridade e de maior renda familiar. Na análise por religião, o percentual dos entrevistados que discordam totalmente ou parcialmente da prisão da mulher de recorreu ao aborto era de 60% entre os católicos em 2013 e em 2017 passou a ser de 65%. Entre os evangélicos era de 56% em 2013 e passou a ser 59% em 2017.

Estão aguardando julgamento do STF duas ações referentes a descriminalização do aborto, sendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581,

que foi apresentada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep), onde trata dos limites das ações do Estado em resposta a epidemia do vírus Zika, visando que as grávidas infectadas pelo vírus Zika e com sofrimento mental possam ter o direito de interromper a gravidez como forma de proteger a saúde. E também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, que possui como pedido de medida cautelar apresentada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL). O Partido defende que a atual legislação punitiva ao aborto fere preceitos da Constituição Federal no que se refere aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, também dos direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, solicitando assim que a Suprema Corte descriminalize a prática abortiva no país.

Do outro lado, os grupos de parlamentares religiosos atuantes no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais, têm-se intensificado a apresentação de projetos de lei de cunho conservador, contrários às mulheres e aos avanços conquistados pelos movimentos organizados em sua luta por autodeterminação reprodutiva, como é o caso da PL 5069 de 2013, tendo como autor o deputado e atualmente preso por corrupção, Eduardo Cunha, onde na PL ele amplia a tipificação como crime de aborto e retrocede os direitos adquiridos sobre atendimento às vítimas de violência sexual. A PEC 164 de 2012, também criação de Eduardo Cunha, altera a introdução do artigo 5º da CF onde visa estabelecer a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção. A PEC 29 de 2015, tem como um dos autores o senador Magno Malta, onde é semelhante a PEC 164 para alteração da introdução do artigo 5º da CF no que tange estabelecer a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção. A PL 478 de 2007, tem como autores o ex-deputado Luiz Bassuma e Miguel Martini, onde a PL é conhecida como "Estatuto do Nascituro", baseada no conceito de direito à vida desde a concepção e transforma o aborto em crime hediondo.

A PL 5069 têm como proposta criminaliza a propaganda e o fornecimento de métodos abortivos, bem como punir quem induzir, instigar ou auxiliar o aborto, incluindo agentes de saúde, onde caso eles façam o procedimento abortivo a pena é agravada chegando de 1 a 3 anos de detenção, e estabelece que a mulher vítima de estupro procure primeiramente uma delegacia antes de ser atendida pelo sistema público de saúde. Também sendo prevista a proibição da pílula do dia seguinte. A PL

5069 também altera outra lei editada pelo governo federal, que define como “profilaxia da gravidez” a medicação com eficiência para prevenir a gravidez, mas a PL 5069 define que a profilaxia passará a ser procedimento ou medicação, não abortivos, com eficiência precoce para prevenir gravidez resultante de estupro. Onde com essa alteração se há a restrição do tratamento da ocorrência de violência sexual, indicando que medicações consideradas abortivas não poderão ser mais usadas.

As deputadas que não apoiam a PL 5069, usaram a tribuna para fazer apelo, solicitando a derrubada desse artigo, mas foi sem sucesso.

Em 2015, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, registrou cerca de 45.460 casos de estupro no país. Um estudo nacional apontou que somente cerca de 37 serviços especializados confirmaram realizar o aborto nos casos legalizados, incluindo os casos de violência sexual. Os dados apontados mostram que existe uma significativa distancia entre a previsão legal e a realidade do atendimento das mulheres.

Em material público (Google), na página do BLOGOSFÊMEA, há o depoimento de “Claudia Salgado” que foi fruto de um estupro e diz ser a favor do aborto. Em seu depoimento Claudia diz que quando sua mãe tinha 18 anos quando foi estuprada, mas que ela não foi a única da família que sofreu esse tipo de violência, pois ela tem uma tia que foi humilhada e estuprada por mais de um homem, não teve fruto dessa violência, mas ficou com o trauma e a vida “quebrada”. Claudia diz que sua mãe e sua tia haviam saído para dançar em uma matinê, no interior da cidade de Santa Catarina, quando voltaram para casa, sofreram agressão física de seu avô, que era militar e muito rígido com as regras e com relação as filhas saírem de casa. Desesperadas depois da surra que tomaram, as duas resolveram fugir de casa, estavam muito machucadas e vulneráveis, sentaram então na escadaria da Catedral, no centro da Cidade, onde dois homens aproximaram delas de forma amigável e ofereceram amparo. Inocentes elas aceitaram passar a noite na casa deles e lá tinham mais homens, foi quando sofreram a violência física. A tia de Claudia era mais forte e conseguiu fugir, mas sua mãe não conseguiu e foi quando foi violentada por mais de um homem. Claudia relata que naquela época as coisas não eram bem explicadas e sua mãe não contou para ninguém sobre o ocorrido, além da vergonha ela se sentia mortificada de medo de não acreditarem nela. Quando a barriga não tinha mais como esconder ela não pode mais negar e mais uma vez passou humilhação. Teve que sair às pressas de casa pois seu pai queria matá-la. Claudia diz que acredita que sua mãe

continuou a gestação não por escolha dela, mas porque ela não entendia direito o que estava acontecendo e só lhe restou esta opção.

Claudia alega que sua história afetou sua vida e sua relação com sua mãe por várias razões, pois sua mãe não tinha a menor estrutura emocional para ter um filho naquelas condições e naquela idade e Claudia nunca se sentiu desejada, sua infância ficou “quebrada” e sua vida incompleta. Claudia só soube dessa história quando tinha 11 anos, pois antes sua mãe sempre lhe dizia que seu pai havia morrido em um acidente enquanto ela estava grávida, mas ela acha estranho pois não havia nenhuma foto dele. Claudia diz que sua infância ficou incompleta pois não teve a figura paterna e sua mãe era instável emocionalmente e se sentia enganada, se sentiu humilhada quando via suas amigas com seus pais em um lar ajustado. Sentia raiva de sua mãe por ela ter tido-a sem lhe desejar, mas havia o respeito por sua mãe nunca ter deixado faltar nada a ela. Claudia sentia que sua mãe importava com ela, mas não a amava. Com o tempo Claudia soube ser mais compreensível pois adquiriu maturidade e soube entender o quanto deve ser difícil para sua mãe ter que conviver com o fantasma de um ato bárbaro.

Claudia diz ser a favor do aborto, pois sabe o quanto foi difícil para sua mãe e acredita que se ela não tivesse nascido a vida de sua mãe teria sido muito melhor, ela poderia ter terminado os estudos e feito coisas que jovens fazem naquela idade sem filho nos braços. Não teria passado pela dor da reprovação, da humilhação e teria chance de ter construído uma família ajustada. Para Claudia é muito mais digno interromper uma gravidez do que colocar uma criança no mundo para sofrer e passar necessidades, além de dizer que ficou com sequelas e que não possui vontade de ser mãe e defende a ideia de que deve-se promover a igualdade, no sentido que as mulheres têm autonomia sobre seus corpos e que podem decidir por elas sem intervenção de religião, tendo esse direito e centros de apoio moral e psicológico e ainda indaga a questão de que se homens pudessem engravidar se o aborto não seria legalizado.

No site Terra, há alguns depoimentos de mulheres que sofreram estupro e que procuraram uma clínica para abortar, as testemunhas tiveram suas identidades não reveladas e foi dado nomes científicos a elas. “Maria”, 36 anos foi estuprada dentro de um carro quando voltava do trabalho. Por volta de 23:30 horas, ela estava perto de sua casa quando um carro com dois homens parou ao seu lado. Um rapaz armado desceu e a obrigou a entrar no carro e a levaram a um lugar deserto onde a violentaram dentro do carro e depois a deixaram em uma avenida, onde o lugar mais

próximo era a casa de uma amiga e foi para lá que ela foi, onde só contou para essa amiga. Maria é mãe de dois filhos, há alguns anos ela tentou engravidar, mas o médico lhe disse que seu útero era invertido e para que pudesse engravidar teria que fazer um tratamento. Quando chegou o período em que deveria menstruar isso não aconteceu, começou a ter enjoos e mal-estar, fez então o exame de gravidez de farmácia e deu positivo. Maria pensou em procurar um lugar clandestino que vendesse remédio para abortar, mas ficou com medo pois muitas mulheres morrem por conta disso. Então sua amiga pesquisou na internet alguma forma para lhe ajudar e descobriu um centro de atendimento hospitalar, onde ela interrompeu a gravidez. Maria diz que como poderia carregar por nove meses o filho de um monstro, pois para ela quem faz isso com mulher é um monstro, para ela seria muito difícil aceitar e diz estar aliviada agora que fez o aborto.

Métodos abortivos como pílula do dia seguinte e coquetel são para pessoas de classe média e alta, respectivamente, mulheres de classe baixa não têm acesso a estes métodos por não possuírem condições financeiras. De acordo com a teoria do Estado ele seria o responsável por preservar a vida e os direitos fundamentais dos cidadãos, assim como ele deve agir de forma afirmativa para garantir que se possa exercer seus direitos de forma livre, mas quando se fala no direito das mulheres, o Estado passa a ser aquele que controla o direito de escolha, nega a autonomia de poder exercer conforme sua vontade e de decidir interromper sua própria gestação. As políticas públicas devem ser voltadas para proteger a coletividade, uma política pública voltada para a regulamentação do acesso gratuito e seguro a interrupção da gestação não faz com que as mulheres sejam obrigadas a abortar, mas salva vida daquelas que se arriscam clandestinamente, onde se sabe que essas que se arriscam tem cor e classe social.

Os casos de bebês anencéfalos, que são aqueles com defeito congênito, que atinge o embrião mais ou menos na quarta semana de gestação, onde essa anomalia ocorre um erro no fechamento do tubo neural, sem o desenvolvimento do cérebro, onde a chance de o tempo de vida desse bebê ser longo é nula. 50% dos casos de morte de anencefalia são provocados ainda na vida uterina. 99% dos que nascem com vida morrem logo após o parto e o restante pode sobreviver por dias ou por poucos meses. Os que sobrevivem, conseguem fazer o movimento involuntário de engolir, respirar e até manter os batimentos cardíacos, pois estas funções são controladas pelo tronco cerebral, que é a região não atingida pela anomalia. Alguns

casos os anencéfalos não precisam de auxílio de aparelhos e chegam a ser levados para casa, mas vivem em estado vegetativo. Para algumas mães levar a gestação adiante é um sofrimento que vai resultar em morte, mas para outras é importante pois permite o curso natural até a morte. Há casos onde os bebês sobrevivem mais tempo, até dois anos, mas os especialistas dizem que estes casos não são de anencefalia e sim de um caso extremamente raro conhecido como merocrania, que é quando há resquícios do cérebro revestido por uma membrana que protege contra infecções e prolonga a expectativa de vida, mas mesmo nestes casos resultaram na morte.

Em material público (ANEXO C) (encontrado no Facebook), há um relato de uma adolescente onde ela dá a sua opinião sobre a interrupção da gravidez e sua experiência. “@aretubVEVO” diz que com 19 anos mudou-se para o Rio de Janeiro (RJ) para estudar. Conheceu um rapaz e começaram um namoro, onde ela relata ser uma “relação ótima” e que a cidade do RJ é muito extensa e que dependendo do dia para se locomover demora-se horas, sendo assim sempre que encontrava seu ex companheiro eles dormiam juntos. Em maio ela relata que sua menstruação atrasou, mas que não ligou para a situação por ter ovários policísticos e as vezes ela demorava mesmo. Mas ela começou a sentir as mudanças em seu corpo e os sinais da gravidez. Ao perceber ela ligou para seu ex companheiro e como eles moravam longe, era um dia de semana e eles não tinham carro resolveram fazer o teste por “facetime” onde deu positivo. Seu ex companheiro jurou que no outro dia iria vê-la já que ela estava em uma cidade estranha e sozinha, mas ele nunca mais apareceu. Ela ligava para ele, mas ele não atendia, não respondia suas mensagens e as vezes ligava para ela para dizer que não poderia ir vê-la. Duas semanas e meia após descoberto estar grávida ela teve um sangramento, ligou para o ex namorado para que fossem ao hospital, mas ele lhe disse para ligar para uma amiga e assim ela fez, foi ao pronto socorro pois sentia muita dor e lá descobriu que teve um deslocamento de placenta e que deveria ficar de repouso absoluto. No outro dia ela ligou para o ex para lhe falar como tinha sido e ele então lhe disse que não poderia mais ficar com ela e afirmou que tinha certeza que ela tinha perdido o bebê. Uma semana depois quando ela retornou ao médico descobriu que não tinha perdido o bebe e então ouviu seu coração batendo. Nesse dia ela decidiu ser mãe mesmo que não tivesse o pai presente. Ela não havia contado para seus pais, então comprou uma passagem para passar as férias com eles, ao chegar contou tudo para sua mãe e ela então lhe informou que não retornaria mais ao RJ. Sua mãe a levou-a para fazer o pré-natal e neste ultrassom ela descobriu

que seu filho foi diagnosticado com “onfalocele”, uma má formação que impede o fechamento do abdômen. Todos os órgãos dele estava para fora do corpo. Então ela fez uma ultrassonografia mais específica, recomendada pelo médico, onde foi constatado não só a onfalocele mas que seu filho também possuía diversas outras má formação. Mas por seu corpo ser tão pequeno não souberam lhe falar quais eram, mas informaram que as chances de ele sobreviver eram pequenas e que não tinha o que fazer. Ela resolver então procurar ajuda na França, pois no Brasil não é legalizado o aborto neste caso. Na França deram a notícia que o coração do bebê tinha sido sugado para fora do corpo, os órgãos estavam colados na placenta, a coluna vertebral dele tinha sido danificada pela pressão da abertura do tórax e ele não tinha diafragma e que ele só continuava vivo pois estava ligado a ela. Propuseram então a ela a interrupção da gestação onde ela não conseguiu responder no dia e demorou uma semana e meia para dar uma resposta. Os médicos haviam descartados todas as possibilidades de ele nascer com vida e então ela topou, mesmo sendo o dia mais difícil de sua vida, mas tudo estava sendo pensado para que ela e seu filho sofressem o menos possível. No hospital fizeram com que o bebê dormisse e deram remédio a ela para dar início as contrações, foram 8 horas de trabalho de parto normal. O bebê nasceu e perguntaram a ela se ela queria saber o sexo do bebê e dar um nome, e ela quis. Era um menino e ele deu o nome de “Thomás”. Ela termina seu depoimento dizendo que as vezes quando se fala em ser a favor do aborto não quer dizer que é contra a vida e sim que se é tão a favor que não abrigaria um ser humano a sobreviver em condições cruéis somente para se garantir seu lugar no céu. E então ela indaga que ela pode pagar todos os exames no Brasil e a passagem para a França, mas e quem não pode?

Há também o relato de uma internauta (ANEXO D) (documento achado no Instagram), chamada “Juliana Gobbato”, onde ela diz ser Cristã e que a regra de não abortar é válida para sua vida pois ela a aceitou quando decidiu ser cristã. Mas ela diz que a sociedade não é igual, as leis da sociedade devem pensar em todos, onde quando se é cristão e não quer abortar é só não abortar. Para ela não é justo carregar um bebê que não deseja. E questiona o fato de que como essa criança depois de nascer será amada e educada por alguém que não desejou essa gestação. Como que a pessoa poderá amar uma criança que é fruto de um trauma, uma violência tão grande. Ela então conclui dizendo que obrigar uma pessoa que foi violentada gestar uma criança é continuar violentando essa pessoa todos os dias, sendo desumano.

No dia 08 de novembro de 2011, a bancada evangélica da Câmara dos Deputados composta por 18 homens aprovou a PEC conhecida como "Cavalo de Troia" (Proposta de Emenda Constitucional nº 181/11), que determina que a vida começa com a concepção, podendo vetar a descriminalização do aborto e sua prática em qualquer situação, inclusive nas hipóteses permitidas por lei. Os integrantes da ala evangélica, também chamada de bancada da Bíblia, durante a condução das votações atuaram de forma que o conceito que a vida se inicia a partir da fecundação do óvulo, dominasse. Do outro lado estava o voto da única mulher presente, o que nos leva a indagar a situação que as vidas de milhares de mulheres estão nas mãos de 18 homens que já deixaram bem claro que são contra a descriminalização do aborto e ainda querem complicar mais ainda, tendo um retrocesso nos avanços da grande luta das mulheres. Mas e se o caso em tela estivesse nas mãos de 18 mulheres, será que seria o mesmo posicionamento? Será que se esses 18 homens pudessem engravidar, será que eles continuariam votando contra a descriminalização do aborto?

Nota-se que a prática abortiva é existente em diversos países, onde cada um possui um entendimento e um amparo jurídico, tendo os países que é legalizado e outros que não são, tendo as penalidades baseadas nas ideologias de cada local. Independente do país adotar a prática como legal ou não, as manobras abortivas são feitas e possuem números gritantes onde as mulheres correm o risco de morrer por ir contra a determinação do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo abordou-se a existência das várias correntes teóricas acerca das possíveis causas da referida sujeição feminina. Foi neste ponto que se verificou que diante da existência da liberdade de pensamento com a presença de coação e sem a presença de liberdade não se pode falar em autonomia. Em todo aparato jurídico é notória a presença de normas que limitam a autonomia das pessoas, em especial das mulheres, sobre o seu corpo, sua sexualidade e no que se refere à vida e à morte, onde encontra-se o Estado que é o “limitador” dos direitos fundamentais.

Ao longo da história verifica-se uma construção social e alguns modelos jurídicos-normativos, o brasileiro inclusive, que oprimem a mulher, reiteram, ratificam e, por que não dizer, legitimam as violências simbólicas para com o feminino.

No segundo capítulo foi abordado o conceito de vida e de aborto, onde viu-se que não há um conceito formado sobre o que é vida, apesar das inúmeras tentativas. No capítulo em tela foram apontadas as classificações de aborto existentes no nosso ordenamento jurídico e os dados de aborto no Brasil Geral. Pontuou-se que cerca de 47 mil mulheres morrem todos os anos por complicações relacionados a aborto clandestino, já havendo no STF um documento com argumentos para a ação de inconstitucionalidade 442 encaminhado pela PFDC.

No terceiro capítulo mostrou-se a legislação comparada sobre o aborto ao redor do mundo, foram apresentados os posicionamentos dos países sobre a prática do aborto, foi apontado a legislação brasileira sobre o aborto, mostrando seu posicionamento e também os posicionamentos e entendimentos das tramitações da atualidade sobre o tema, trazendo depoimentos de pessoas acerca da prática abortiva.

Há muito se discute sobre a temática aqui apresentada, e mesmo assim ela nunca se mostrou tão atual nem tão polêmica. O aborto possui vários posicionamentos, não é unânime e é um assunto que não se fecha, sendo presente no cotidiano, na mídia, nos tribunais, nas legislações e também nas redes sociais.

Quando tratamos da tentativa de legalizar a interrupção de uma gestação queremos, em verdade, garantir que o controle do corpo feminino seja posto nas mãos da própria mulher, enquanto liberdade de escolha que esta terá como sujeito de direitos, queremos que terceiros não possam ter direito ao corpo alheio.

As mais de 47 mil mulheres que perdem suas vidas anualmente o fazem sem necessidade, o fazem porque precisam desafiar o poder de Estado controlador, que diz priorizar a vida, mas opta por priorizar uma vida que ainda não existe no lugar de outra já existente, um Estado que não questiona o tipo de vida que será dada a criança que obrigatoriamente terá de nascer.

A problemática maior é que estas mulheres são o lado mais fraco, pois o Estado tem o poder dominante. Enquanto o Estado continuar mantendo esse modelo centralizador e machista, as mulheres continuarão morrendo, pois elas não irão desistir da luta de serem donas de suas decisões e de seu corpo.

O poder está nas mãos dos homens, que estão presente na Câmara, no Senado, na Presidência da República e como se pode deixar homens decidirem o que é certo ou errado sobre um assunto que se diz respeito totalmente as mulheres?

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **As relações de trabalho: uma perspectiva democrática**. São Paulo: LTr, 2003.

ARGUMENTOS da ADPF sobre a Ação de Inconstitucionalidade 442.

Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/mulher/saude-dasmulheres/conjunto-de-argumentos-para-subsidio-a-manifestacao-do-pgr-na-adpf442>> Acesso em: 16 de outubro de 2017, às 15:00 horas.

BARROSO, Luís Roberto. **Habeas Corpus**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf/>>

Acesso em: 16 de outubro de 2017, às 13:19 horas.

BATISTA, Carla Gisele. Justificando Mentas Inquietas Pensam Direito. **Quais são as últimas notícias sobre o direito ao aborto no Brasil?** Disponível em:

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/09/quais-sao-as-ultimas-noticias-sobre-odireito-ao-aborto-no-brasil/>> Acesso em 24 de novembro de 2017 às 02:00 horas.

BLOGOSFÊMEA. **Blog os fêmea**. Disponível em:

<<http://www.contee.org.br/blogosfemea/index.php/2013/06/claudia-salgado-sou-fruto-deestupro-e-a-favor-do-aborto/#.WhetblanHIU>> Acesso em 24 de novembro de 2017 às 03:40 horas.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Editora Saraiva, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil: Lei nº 10.406**. Brasília, DF: Editora Saraiva, 2002.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal: Decreto-Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Editora Saraiva, 1940.

BRASIL. **Decreto no 21.417/A, de 17 de maio de 1932.** Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Coleções de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, p. 257, 1932. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/Museu/Conteudo/Decreto21417_txt.asp>. Acesso em: 7 jan. 2010.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **A DOMINAÇÃO MASCULINA.** 11.ed. Tradução Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro. BERTRAND BRASIL. 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O PODER SIMBOLICO.** Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro. BERTRAND BRASIL S.A. 1989.

CALDAS, Alexsandro Nascimento. **A legítima defesa como excludente de ilicitude.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1058, 25 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8424>>. Acesso em: 10 de março de 2017 às 10:00 horas

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** Parte especial. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.II

CARVALHO, Renan. **Quando começa a vida?** Disponível em: <canalbiologia.blogspot.com.br/2013/02/quando-comeca-vida.html> Acesso em 05 de outubro de 2017 às 14:08 horas.

CATÓLICAS pelo Direito de Decidir. **Panorama do Aborto Legal no Brasil.** Disponível em: <<http://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2006/01/Pesquisa-Panorama-AbortoLegal.pdf>> Acesso em 24 de novembro de 2017 às 00:34 horas.

CATÓLICAS pelo Direito de Decidir. **Pesquisa de Opinião Pública sobre o Aborto.** Disponível em: <<http://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2011/01/publicacaoabo-pe-Catolicas-Aborto-2011.compressed.pdf>> Acesso em 24 de novembro de 2017 às 01:00 horas.

CATÓLICAS pelo Direito de Decidir. **Maioria acredita que as mulheres devem decidir sobre o aborto, revela pesquisa.** Disponível em: <<http://catolicas.org.br/novidades/releases/maioria-acredita-que-as-mulheres-devemdecidir-sobre-o-aborto/>> Acesso em 24 de novembro de 2017 às 01:15 horas.

CATÓLICAS pelo Direito de Decidir. **Cresce o percentual de brasileiros que discorda da prisão de mulher que recorreu ao aborto.** Disponível em: <<http://catolicas.org.br/novidades/releases/cresce-o-percentual-de-brasileiros-quediscorda-da-prisao-de-mulher-que-recorreu-ao-aborto/>> Acesso em: 24 de novembro de 2017 às 01:25 horas.

CHAGAS, Angela. **Anencefalia: quanto tempo é possível sobreviver sem cérebro?** Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/educacao/vocesabia/anencefalia-quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-semcerebro,a5fa00beca2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em 24 de novembro de 2017 às 06:20 horas.

COSTA, Francisco Pereira. **Direito e gênero Repercussões da violência doméstica nas relações de trabalho e a aplicabilidade do art. 9o, § 2o, II, da Lei no 11.340/2006**, Brasília, Revista de Informação Legislativa, 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242921/000926874.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 12 de março de 2017 às 14:00 horas

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

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

GALINKIN, Ana Lúcia. **Novas e velhas violências contra a mulher**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE A MULHER, GÊNERO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO, 2., 2007, Goiânia. **Anais...** p. 12-29.

Disponível em: <http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2007/mulher/anais/artigos/ana_lucia.pdf>.

Acesso em: 9 jan. 2010.

GGN O Jornal de Todos os Brasis. **Próximo passo é proibir a pílula do dia seguinte, afirma deputados**. Disponível em:

<<https://jornalgggn.com.br/noticia/proximo-passo-e-proibir-a-pilula-do-dia-seguinteafirmam-deputados>>

Acesso em 24 de novembro de 2017 às 02:40 horas.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. LAPA, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade. 2008.

GONZÁLEZ, Patrícia Navas. **Quando começa a vida humana segundo a ciência?**

Disponível em: <<https://pt.aleteira.org/2013/01/24/quando-comeca-a-vida-humanasegundo-a-ciencia/>>

Acesso em 05 de outubro de 2017, às 14:02 horas.

GOUVEIA, Taciana; CAMURÇA, Sílvia. **O que é gênero**. Recife: SOS Corpo, 1997.

HUFFPOST. **18 homens deram o 1º passo para restringir aborto até em caso de estupro no Brasil**. Disponível em:

<http://www.huffpostbrasil.com/2017/11/09/18homens-deram-o-1o-passo-para-restringer-aborto-ate-em-caso-de-estupro-nobrasil_a_23271261/>

Acesso em 24 de novembro de 2017 às 05:40 horas.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Discriminação Genética e proteção da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo, 2003. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo.

LOPES, Carmen Lúcia Evangelho. **O que todo cidadão precisa saber sobre sindicatos no Brasil**. São Paulo: Global, 1986.

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

MÉXICO. Constitución (1917). **República de México: Constitución Federal de 1917**. In: BASE de datos políticos de Iãs Américas = Political database of the Américas. Washington: Georgetown University, Center for Latin American Studies, 1995-2006. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/mexico/mexico1917.html>>. Acesso em: 2 nov. 2009.

MICELI, S. Introdução: a força do sentido. In: BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/brasil/padre-fala-da-presenca-social-da-mulher/>> Acesso em: 23 de maio de 2017 às 17:30 horas.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. 7 Campinas: Bookseller, 2000.

PREVIDELLI, Amanda. **Entenda como funciona o aborto no Brasil e no mundo**. Disponível em <<http://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2016/06/entendacomo-funciona-o-aborto-no-brasil-e-no-mundo.html>> Acesso em: 16 de outubro de 2017 às 13:10 horas.

REIS, Rafael. **Uruguai: quase 7 mil abortos seguros e nenhuma morte registrada**. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/02/uruguai-quase-7-mil-abortosseguros-e-nenhuma-morte-registrada.html>> Acesso em: 16 de outubro de 2017 às 13:15 horas.

SABINO, Thais. **Como carregar o filho de um monstro?, diz mulher estuprada.**

Disponível em: <[https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/mulher/comportamento/como-carregar-ofilho-de-um-monstro-diz-](https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/mulher/comportamento/como-carregar-ofilho-de-um-monstro-diz-mulherestuprada,47e85fa86f7b4410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html)

[mulherestuprada,47e85fa86f7b4410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html](https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/mulher/comportamento/como-carregar-ofilho-de-um-monstro-diz-mulherestuprada,47e85fa86f7b4410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html)> Acesso em 24 de novembro de 2017 às 04:00 horas.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto. Legislação Comparada.** Disponível

em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200005/)

[700X2011000200005/](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200005/)> Acesso em: 10 de novembro de 2017 às 11:40 horas.

TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção Americana de Direitos Humanos 1969.**

Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 09 de novembro de 2017 às 13:44 horas.

ANEXOS

ANEXO A



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República

A Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão vem, respeitosamente, apresentar a Vossa Excelência um conjunto de argumentos para eventualmente servir de subsídio à manifestação a ser exarada nos autos da ADPF 442.

I. SÍNTESE DA ADPF PROPOSTA

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, na qual pede que a Corte declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República.

O partido político autor alega, em breve síntese, que "as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres,

20

adolescentes e meninas”, em ofensa às normas constitucionais vigentes (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º) e aos instrumentos internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

Busca, convencido do “caráter não absoluto e sim gradual da proteção jurídica conferida ao desenvolvimento embrionário e fetal”, obter da Corte Constitucional decisão que assegure a “convivência harmoniosa” entre as regras penais referidas e os direitos fundamentais e outras normas constitucionais vigentes, valendo-se das premissas por ela estabelecidas no HC 84.025, na ADI 3.510, na ADPF 54 e no HC 124.306.

O autor pede a concessão de liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e processos ou decisões judiciais baseados na aplicação dos artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas. No mérito, pede a declaração de não recepção parcial dos dispositivos pela Constituição, excluindo do âmbito de sua incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, “de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento”.

II – CABIMENTO DA ADPF

A tese de mérito dessa ADPF é a de que a criminalização do aborto, tal como prevista no Código Penal, é incompatível, dentre outros, com o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem centralidade na ordem constitucional brasileira, inclusive porque é vetor de compreensão e alcance de todo o sistema jurídico. A atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, por ocasião do julgamento da ADI 3.510, observou:

"A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

No inciso III do art. 1º da Constituição brasileira, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil. A expressão daquele princípio como fundamento do Estado brasileiro significa, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, e esse é fim em si mesmo, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções".

De resto, os demais princípios arrolados na inicial, não bastassem ser todos direitos fundamentais e, como tais, cláusulas pétreas de nosso sistema constitucional, foram tidos como preceitos fundamentais a habilitar o conhecimento da ADPF 54. Como ali o pano de fundo também era o aborto, os seus pressupostos de admissibilidade alcançam com suficiência a presente ação.

Convém ainda lembrar que o ato ora contestado foi emanado pelo poder público e está atendido o princípio da subsidiariedade, uma vez que não há outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade que possam corrigir a lesão a preceito fundamental apontada. Isso porque o objetivo pretendido na ação, de reconhecimento de invalidade de ato normativo anterior à Constituição, não pode ser obtido através da propositura de ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a orientação reiterada do STF, no sentido de que a não-recepção envolve hipótese de revogação, e não de inconstitucionalidade superveniente¹. Aliás, existe expressa previsão na Lei nº 9.882/99 sobre o cabimento da ADPF para impugnação de normas anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I)

RO

¹ E.g. ADIn 521, Rel. Min. Paulo Brossard.

III – LEGITIMIDADE DO STF

O princípio da separação de poderes, respeitada a sua ideia força de “pesos e contrapesos”, conforma-se de acordo com cada ordenamento jurídico. É, portanto, “um princípio constitucional concreto”².

A ampliação da função jurisdicional, aqui e nos demais países democráticos, é resultado, em larga medida, de um extenso catálogo de direitos fundamentais, aliado à incorporação do princípio da força normativa da Constituição, do caráter vinculante e obrigatório de todas as suas normas.

Mauro Cappelletti enfrentou a temática em sua conhecida obra “Juizes Legisladores?”, lançada no ano de 1993, quando afirmou o importante papel paulatinamente assumido pelo Poder Judiciário. Diz ele:

“Eles devem de fato escolher uma das possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

(...)

b)Recaindo a escolha, pelo contrário, na segunda alternativa – como aconteceu, sempre na linha de princípio e com muitas alternativas variantes, em vários sistemas de 'Common Law', especialmente nos Estados Unidos - assistir-se-á então ao emergir do judiciário como um 'terceiro gigante' na coreografia do estado moderno.

(...)

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação dos sistemas de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centro de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.”³

² CUNHA JR., Dirley da. *A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes*. In “Estado constitucional e organização do poder”, TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281. Segundo Luís Roberto Barroso, a “separação dos Poderes se reduz a uma questão de direito positivo, o que equivale a dizer que o constituinte, sem nenhuma limitação que não as decorrente do próprio sistema que deseje implantar, pode dispor livremente sobre o raio de competência dos órgãos constitucionais que institui”.

De fato, as Cortes Constitucionais contemporâneas têm importante função contramajoritária na afirmação de direitos fundamentais, principalmente porque estes configuram limites substantivos às deliberações políticas, sejam provenientes do Poder Executivo, sejam emanadas do Poder Legislativo. De modo que a atuação judicial, nessa hipótese, é uma garantia, a um só tempo, de exercício de direitos fundamentais e do próprio regime democrático.

A hipótese presente é de função jurisdicional típica, de verificar a conformação material de norma legal à disciplina constitucional. E desde que se instituiu o controle de constitucionalidade, quaisquer deliberações majoritárias estão potencialmente sujeitas a esse escrutínio.

O aborto é, de fato, uma questão que envolve grande controvérsia moral. Isso não impediu que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 54, ampliasse o rol das hipóteses de aborto legal, para incluir a gestação de feto anencéfalo. Outras questões que envolvem disputas morais relevantes, como pesquisas com células-tronco embrionárias e a união homoafetiva, foram igualmente decididas pela Suprema Corte.

Também outras Cortes Constitucionais deliberaram sobre a constitucionalidade da criminalização do aborto. O partido autor cita os simbólicos casos *Roe x Wade*, enfrentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Aborto I e Aborto II, decididos pela Corte Constitucional alemã, e a sentença C-355/06, proferida pela Corte Constitucional colombiana.

De mais a mais, se o Parlamento viesse a decidir pela descriminalização do aborto, o Supremo Tribunal Federal poderia ser acionado a afirmar a constitucionalidade ou não da nova norma.

Portanto, não há, nessa ação, peculiaridade alguma que iniba a jurisdição constitucional.

³ CAPPELLETTI, Mauro. "Juizes Legisladores?". Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. pp. 47, 49 e 107.

IV. OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Com o advento da modernidade ocidental, as relações de gênero ficaram fora do âmbito da justiça. Desde os primeiros teóricos do contrato social⁴, estabeleceu-se a diferença entre justiça e vida boa, que se traduziu numa distinção entre o público e o doméstico. A esfera da justiça – desde Hobbes, passando por Locke e chegando a Kant – é vista como o domínio de chefes de família masculinos, responsáveis por criar as bases legítimas da ordem social⁵. À mulher, foram confiadas as tarefas da criação, da reprodução, do amor e do cuidado, desenvolvidas no âmbito doméstico.

Kant⁶, por exemplo, fazia uma distinção entre cidadãos ativos (aqueles que participam da elaboração do contrato social, têm direito ao voto e se caracterizam pela independência) e passivos (aqui incluídas as mulheres, as crianças e adolescentes, os empregados, enfim, todos aqueles que dependem de outras para sua subsistência). Apenas a sua doutrina dos direitos pré-políticos concede alguns direitos a esses indivíduos.

O controle, pelas mulheres, de seus corpos e a possibilidade de planejamento da reprodução está na gênese da luta pela igualdade de gênero. Angela Davis⁷ observa:

“Não foi coincidência o fato de que a consciência das mulheres sobre seus direitos reprodutivos tenha nascido no interior do movimento organizado em defesa da igualdade política das mulheres. Na verdade, se elas permanecessem para sempre sobrecarregadas por incessantes partos e frequentes abortos espontâneos, dificilmente conseguiriam exercitar os direitos políticos que poderiam vir a conquistar. Além disso, os novos sonhos das mulheres de seguir uma carreira profissional e outros caminhos de autodesenvolvimento fora do casamento e da maternidade só poderiam ser realizados se elas conseguissem limitar e planejar suas gestações. Nesse sentido, o slogan da 'maternidade voluntária' continha uma visão nova e autenticamente progressista da condição da mulher”.

NO-

⁴ O contrato social é tomado aqui como ponto de partida porque embrião dos princípios fundamentais da sociedade política e porque, conceitualmente, pressupõe uma situação inicial de participantes livres e independentes. A obra seminal sobre o tema na perspectiva de gênero é *El contrato sexual*; PATEMAN, Carole. México: Universidad Autónoma-Iztapalapa, 1995.

⁵ BENHABIB, Seyla, “El Ser y el otro en la ética contemporánea – feminismo, comunitarismo y posmodernismo”. Barcelona: Gedisa, 2006, p. 178.

⁶ “La metafísica de las costumbres” Madrid: Tecnos, 1989, pg. 315.

⁷ DAVIS, ANGELA. “Mulheres, Raça e Classe”, trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 211

Foi necessária, no entanto, uma luta longa e intensa para que os direitos sexuais e reprodutivos entrassem na agenda dos direitos humanos.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, não tratou explicitamente do tema, mas muitos viram em seu art. 12⁸ o embrião dos denominados "direitos sexuais e reprodutivos"⁹.

Em 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, do Cairo, consagrou a seguinte obrigação para os Estados, em seu princípio 4:

"Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional"¹⁰.

Já a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim de 1995, além de endossar a concepção de direitos sexuais e reprodutivos acima apontada, também pôs ênfase na perspectiva da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, ao afirmar: "na maior parte dos países, a violação aos direitos reprodutivos das mulheres limita dramaticamente suas oportunidades na vida pública e privada, suas oportunidades de acesso à educação e o pleno exercício dos demais direitos"¹¹.

⁸ "Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar."

⁹ Segundo Flávia Piovesan, estes envolvem a concepção, o parto, a contracepção e o aborto, como elementos interligados e essenciais para a autonomia das mulheres, e que "exigem um duplo papel do Estado: a) eliminar a discriminação contra a mulher na esfera da saúde (vertente repressiva/punitiva) e b) assegurar o acesso a serviços de saúde, inclusive referentes ao planejamento familiar (vertente promocional)". PIOVESAN, Flávia. 2002. Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, S. (org.). Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça. Porto Alegre: Fabris. p. 61-79.

¹⁰ Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo, está disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 17/04/2017.

¹¹ Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 17/04/2017.

Em 1999, o Comitê pela Eliminação de Toda Forma de Discriminação contra a Mulher editou a Recomendação nº 24, que orienta os Estados a modificar e remover da legislação nacional normas que imponham sanções às mulheres que realizam abortos¹².

Na primeira reunião da Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe, no âmbito do Programa de Ação do Cairo, os representantes dos países presentes entraram em consenso sobre a necessidade de assumir o compromisso de garantir o aborto seguro e de qualidade para as mulheres com gravidez não desejada ou não aceita, além de instar os Estados com restrições ao acesso ao aborto a considerarem a possibilidade de modificar as leis, normas, estratégias e políticas públicas sobre a interrupção voluntária da gravidez¹³.

Em 2016, o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais editou a Observação (ou Comentário) Geral nº 22¹⁴, na qual observa, em seu item 10, que o direito à saúde sexual e reprodutiva “está intimamente ligado aos direitos civis e políticos que sustentam a integridade física e mental dos indivíduos e sua autonomia, como o direito à vida; liberdade e segurança da pessoa; liberdade de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; privacidade e respeito pela vida familiar; não discriminação e igualdade”. Expressamente o documento consigna que “a falta de serviços de atendimento obstétrico de emergência ou a negação do aborto geralmente leva à mortalidade e morbidade maternas (...) e pode constituir tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante”¹⁵.

¹² Item 31, “c” da Recomendação nº 24, disponível em <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>, acesso em 1º de maio de 2017

¹³ Primeira reunião da Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe Integração plena da população e sua dinâmica no desenvolvimento sustentável com igualdade e enfoque de direitos: chave para o Programa de Ação do Cairo depois de 2014. Montevideu, 12 a 15 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/consenso_montevideo_por.pdf. Acesso em 17/04/2017.

¹⁴ Como observado por CARVALHO RAMOS, André, “Curso de Direitos Humanos”, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 849

¹⁵ No original: “10. The right to sexual and reproductive health is also indivisible from and interdependent with other human rights. It is intimately linked to civil and political rights underpinning the physical and mental integrity of individuals and their autonomy, such as the rights to life; liberty and security of person; freedom from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment; privacy and respect for family life; and non-discrimination and equality. For example, lack of emergency obstetric care services or denial of abortion often leads to maternal mortality and morbidity, which in turn constitutes a violation of the right to life or security, and in certain circumstances can amount to torture or cruel, inhuman or degrading treatment. Disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?

O item nº 8 da citada Observação Geral n. 24 reforça que a efetivação dos direitos das mulheres e da igualdade de gênero exige a revogação ou reforma de leis, políticas e práticas discriminatórias na área da saúde sexual e reprodutiva, sendo imperiosa a eliminação de todas as barreiras que interferem no seu acesso aos serviços, bens, educação e informação abrangentes em matéria de saúde sexual e reprodutiva. Para diminuir as taxas de mortalidade e morbidade materna, os Estados devem prover tanto cuidados obstétricos de emergência como prevenção de abortos inseguros.

O Comitê dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais decidiu, em síntese, nessa Observação Geral n. 24, que, para prevenção de gravidez não desejada e de abortos inseguros, os Estados devem adotar medidas legais e políticas para (i) garantir a todos os indivíduos acesso a contraceptivos acessíveis, seguros e eficazes e educação sexual abrangente, inclusive para adolescentes; (ii) liberalização de leis de aborto restritivas; (iii) garantir a meninas e mulheres medidas de pós-aborto de qualidade, inclusive com treinamento e formação especializada de profissionais de saúde; (iv) e respeitar o direito das mulheres de serem autônomas para as decisões sobre sua saúde sexual e reprodutiva.¹⁶

Ainda no ano de 2016, em 27 de setembro, dia internacional do aborto seguro, vários especialistas da ONU assinam uma nota conjunta, onde afirmam que "o aborto não seguro segue matando dezenas de milhares de mulheres em todo o mundo"¹⁷.

symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en, acesso em 1º de maio de 2017. No mesmo sentido, conferir o Comunicado do Comitê de Direitos Humanos No. 1153/2003 (caso Karen Noelia Llantoy Huamán vs. Peru, 24 de outubro de 20015; Comunicado do Comitê pela Eliminação de Toda Forma de Discriminação contra a Mulher No. 17/2008, caso Alyne da Silva Pimentel v. Brazil, 25 de julho de 2011).

¹⁶ No original: "28. The realization of the rights of women and gender equality, both in law and in practice, requires repealing or reforming discriminatory laws, policies and practices in the area of sexual and reproductive health. Removal of all barriers interfering with access by women to comprehensive sexual and reproductive health services, goods, education and information is required. To lower rates of maternal mortality and morbidity requires emergency obstetric care and skilled birth attendance, including in rural and remote areas, and prevention of unsafe abortions. Preventing unintended pregnancies and unsafe abortions requires States to adopt legal and policy measures to guarantee all individuals access to affordable, safe and effective contraceptives and comprehensive sexuality education, including for adolescents; to liberalize restrictive abortion laws; to guarantee women and girls access to safe abortion services and quality post-abortion care, including by training health-care providers; and to respect the right of women to make autonomous decisions about their sexual and reproductive health. Disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en, acesso em 1º de maio de 2017.

¹⁷ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20600&LangID=S> Assinam a nota: Alda Facio, Presidenta del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer

V – DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Não há, no texto constitucional brasileiro, um dispositivo específico contendo a expressão “direitos sexuais e reprodutivos”. No entanto, como ficou claro desde a Conferência do Cairo, não se está diante de uma nova geração ou dimensão dos direitos humanos¹⁸. Ao contrário, constituem uma constelação de liberdades e direitos, sejam civis, políticos, econômicos, sociais, ou culturais, já reconhecidos em legislações nacionais e internacionais de direitos humanos, e que afetam a vida sexual e reprodutiva de indivíduos e casais.

A primeira expressão de garantia de domínio do próprio corpo está no princípio da dignidade da pessoa humana e na sua ideia força de autonomia/autodeterminação.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências do Estado ou de terceiros. A matriz desta ideia é a concepção de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, e que deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade¹⁹.

De acordo com Canotilho, a dignidade da pessoa humana baseia-se no “princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna

en la legislación y en la práctica; Dainius Pūras, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental; Juan E. Méndez, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y Dubravka Šimonović, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.

¹⁸ “ICPD makes it clear that reproductive rights are not a new set of rights. Reproductive rights are a constellation of freedoms and entitlements that are already recognized in national laws, international human rights instruments and other consensus documents. Reproductive rights refer to a diversity of civil, political, economic, social and cultural rights affecting the sexual and reproductive life of individuals and couples.”

¹⁹ Cf. Carlos Santiago Nino. “Ética y Derechos Humanos”. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp. 199-265.

(...) do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu projecto espiritual". Como destacou o Mestre de Coimbra, "a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico"²⁰.

Uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher é aquela concernente a ter ou não um filho. É desnecessário frisar o impacto que a gestação e, depois, a maternidade, acarretam à vida de cada mulher. A gravidez e a maternidade podem modificar radicalmente o rumo das suas existências. Se, por um lado, podem conferir um novo significado à vida, por outro, podem sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais. É dentro do corpo das mulheres que os fetos são gestados, e, mesmo com todas as mudanças que o mundo contemporâneo tem vivenciado, é ainda sobre as mães que recai o maior peso na criação dos seus filhos. Por tudo isto, a decisão sobre a manutenção da gestação envolve a ideia de autonomia reprodutiva²¹, cujo fundamento pode ser encontrado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF).

Imediatamente correlata, é a própria noção de liberdade. Como ressaltou Ronald Dworkin, "uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade"²².

A questão da autonomia reprodutiva em matéria de aborto foi discutida no voto que o Ministro Joaquim Barbosa elaborou, como relator, para o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ. O caso, que versava exatamente sobre a interrupção de gestação de feto anencéfalo, não chegou a ser apreciado pelo STF, porque, em plena sessão de julgamento, o Tribunal

²⁰ "Direito Constitucional e Teoria da Constituição". Coimbra: Almedina, 1998, p. 219.

²¹ Cf. Daniel Sarmiento. "Legalização do Aborto e Constituição". In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 43/45; e Flávia Piovesan. "Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos". In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 76.

²² "The Moral Reading of the Maroritarian Premise". In *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 98.

foi comunicado do fato de que a paciente dera à luz e que a criança, como já se esperava, falecera poucos minutos depois. Todavia, o referido voto foi amplamente divulgado e dele consta:

"Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados.

Lembro que invariavelmente essa concepção fundada no princípio da autonomia ou liberdade individual da mulher é a que tem prevalecido nas cortes constitucionais e supremas que já se debruçaram sobre o tema..."

Direitos sexuais e reprodutivos e direito à saúde têm também uma implicação direta. De acordo com o conceito adotado pela Organização Mundial da Saúde, de aceitação universal, "saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade" (Preâmbulo do ato fundador da OMS, assinado em 22 de julho de 1946 por 61 Estados, dentre os quais o Brasil).

Para a OMS²³, a saúde sexual e reprodutiva envolve cinco componentes-chave: (i) possibilidade de escolha de contraceptivos e a oferta de serviços seguros de infertilidade; (ii) incremento da saúde materna e neonatal; (iii) redução de doenças sexualmente transmissíveis, incluindo HIV e outras morbidades reprodutivas; (iv) eliminação do aborto inseguro e oferecimento de cuidados pós-abortamento; (v) promoção da sexualidade sadia, incluindo a saúde adolescente e a redução de práticas danosas.

Já em 1967, a Assembleia Mundial da Saúde identificou o abortamento inseguro como um problema sério de saúde pública em muitos países²⁴, sendo uma causa importante de morte materna evitável. A OMS aponta que, apesar de estarem disponíveis na sociedade procedimentos médicos que permitem a interrupção segura da gravidez, estima-se que, no mundo, vinte e dois milhões de abortos continuam a ser realizados de forma

²³ UNFPA. *Sexual and Reproductive Health for All*. 2010

²⁴ Organização Mundial de Saúde - Abortamento seguro: Orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/7/9789248548437_por.pdf. Acesso em 17/04/2017.

insegura²⁵ todos os anos, resultando na morte de aproximadamente quarenta e sete mil mulheres e incapacidade/adoecimento de cerca de cinco milhões de mulheres.

Destaca, ainda, que a maioria dessas mortes, adoecimentos e incapacidades poderiam ser prevenidas por meio da educação sexual, do planejamento familiar, do acesso ao aborto seguro e legal e aos cuidados nas complicações do aborto. Ademais, aponta que, nos países com regras restritivas à interrupção da gestação, o aborto seguro, mesmo que clandestino, costuma ser privilégio das mulheres ricas. As mulheres pobres apenas possuem a opção de se submeterem a abortos inseguros que causam mortes e incapacidades, impactando social e financeiramente o serviço público de saúde²⁶.

A gravidez indesejada é fonte também de angústia e sofrimento psíquico. Há, nesse contexto, sentimentos que combinam frustração de projetos de vida com o peso da responsabilidade que recai sobre a mãe. Como lembra Dworkin, "para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque elas próprias não deixaram ainda de ser crianças, porque não mais poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante"²⁷ (...) "Em outros momentos, a necessidade de abortar se impõe não a partir de um impulso assassino de pôr fim a uma vida, mas da dura realidade de um parceiro financeiramente irresponsável, uma sociedade indiferente aos cuidados com os filhos e um ambiente de trabalho incapaz de atender às necessidades dos pais que trabalham"²⁸.

²⁵ Para uma definição: "Aborto inseguro é aquele induzido pela mulher e/ou terceiros, profissionais da saúde ou não, com ou sem consentimento, realizado de modo clandestino, uma vez que a legislação vigente não permite esse tipo de prática" (JANNOTTI, Cláudia Bonan & SOARES, Gilberta Santos. Aborto. In: FLEURY-TEIXEIRA, Elizabeth Maria & MENEGUEL Stela Nazareth (org.). **Dicionário feminino da infâmia: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência**. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 2015.)

²⁶ Sobre o impacto da criminalização do aborto no Brasil: Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade – UERJ. *Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça*. Rio de Janeiro, IPAS Brasil, 2012; Frente Nacional Contra a Criminalização Das Mulheres E Pela Legalização Do Aborto. *Criminalização das Mulheres pela prática do aborto no Brasil. Dossiê 2007-2014*. Disponível em: <https://frentelegalizacaoaborto.files.wordpress.com/2016/09/dossiecc82-frente-contra-a-criminalizaccca7acc83o-das-mulheres.pdf>. Acesso em 17/04/2017.

²⁷ DWORKIN, Ronald. "Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdade individual". São Paulo: Martins Fontes, 2003., p. 143

²⁸ *id*, pp. 79/80

Angela Davis faz referência à prática comum do aborto no período da escravidão: “muitas escravas se recusavam a trazer crianças a um mundo de trabalho forçado interminável, em que correntes, açoites e o abuso sexual de mulheres eram as condições da vida cotidiana”²⁹. E continua³⁰:

“Por que os abortos autoinduzidos e os atos relutantes de infanticídio eram ocorrências tão comuns durante a escravidão? Não era porque as mulheres negras haviam descoberto soluções para suas agonias, e sim porque elas estavam desesperadas. Abortos e infanticídios eram atos de desespero, motivados não pelo processo biológico do nascimento, mas pelas condições opressoras da escravidão”.

De fato, a perspectiva de um filho ou uma filha que está previamente destinado a viver num ambiente que reproduz as cruéis condições de sua mãe é razão de dor profunda, com sérios abalos à sua integridade psicológica. E esse quadro de dominação, miséria, indiferença chega aos dias atuais sem grandes alterações.

Há, nesse campo da saúde, uma relação de implicação entre seus componentes físicos e psíquicos. A gravidez não desejada torna o aborto um evento necessário para pôr fim à dor e ao sofrimento extremos. A criminalização do aborto e sua conseqüente clandestinidade geram, de ordinário, as sequelas recorrentes apontadas ao longo dessa peça. A vulneração aos artigos 6º e 196 da CR parece não demandar maiores explicações.

Um outro direito fundamental inscrito na Constituição brasileira e que está na gênese dos direitos sexuais e reprodutivos é o da igualdade. Mais uma vez invocando Dworkin³¹, “se as mulheres fossem livres e iguais aos homens em suas relações sexuais, dizem as feministas – se tivessem um papel mais verdadeiramente igual na formação do ambiente moral, cultural e econômico no qual as crianças são concebidas e criadas – então o *status* de um feto seria diferente, pois seria mais verdadeira e inequivocamente a criação intencional e desejada da própria mulher, em vez de algo que lhe é imposto”.

²⁹ ob. cit, p. 208

³⁰ *Id, ib*

³¹ ob. cit. p. 78

No Brasil, a proibição do aborto voluntário, como se demonstrará em capítulo destacado, tem impactos diferenciados tomando-se em conta ainda recortes de classe, raça, etnia e região geográfica.

Por fim, a Constituição brasileira proíbe a submissão à tortura ou ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Diversas Agências da ONU, Comitês e Relatores Especiais, além da OMS, têm defendido que os países devem revisar suas leis restritivas de acesso ao aborto seguro como garantia dos direitos humanos das mulheres³². Os organismos internacionais apontam, com base nos tratados enumerados e nos diversos compromissos estabelecidos nas Conferências Internacionais, que a negativa a mulheres ao aborto seguro, além de ferir o seu direito à saúde, é um grave preconceito em decorrência do gênero e um ato de violência. Atinge desproporcionalmente as mulheres em condições de vulnerabilidade econômica e social, inclusive devendo ser compreendida como submissão à tortura³³.

³² Cumpre registrar que vários países legalizaram o aborto por iniciativas legislativas e em consonância com as diretrizes apontadas pelas agências da ONU. No Reino Unido, permite-se o aborto nos países da Grã-Bretanha (Inglaterra, Escócia e País de Gales), onde o instituto é legalmente aceito desde o Abortion Act de 1967, que estabeleceu a possibilidade de se interromper a gestação com até 24 (vinte e quatro) semanas (abortion Act of 1967. Disponível em: < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/section/1>>. Acessado em 15 de abril de 2017). Já no ordenamento jurídico francês, o aborto é lícito desde 1975, quando fora legalizado pela Lei 75-17, de 17 de janeiro de 1975, lei também conhecida por lei Veil, em homenagem a Simone Veil. Segundo o Código de Saúde Pública francês, permite-se a interrupção voluntária da gravidez com até 12 semanas de gravidez, ou com até 14 semanas do último período menstrual (Loi 75-17. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.donum.JO=0&date.JO=19750118&numTexte=&pageDebut=00739&pageFin=>. Acessado em 15 de abril de 2017. Code de la Santé Publique. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D128F992846A4B9C5B050815D5933ED7.tpdila13v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006171542&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20170415>. Acessado em: 15 de abril de 2017). Na Alemanha, desde 1992 permite-se a interrupção da gravidez com até doze semanas. O tema é tratado nas Seções 218 a 219a do Código Penal Alemão, que prevê as seguintes condicionantes: a) Que a gestante obtenha aconselhamento em até três dias antes do procedimento médico e o comprove por certificado; b) O procedimento seja realizado por um médico; e c) Não se tenha passado mais de doze semanas da concepção. Na Itália, admite-se o aborto com base na Lei 194 de 1978, promulgada após a declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 546 do Código Penal italiano pela Suprema Corte Italiana em 1975. Pelo artigo 4º desta Lei, o aborto pode ser realizado com até 90 (noventa) dias da gravidez, desde que se reconheça que o procedimento médico seja necessário para impedir riscos à saúde mental ou física da mulher, em relação ao seu estado de saúde, agravamento de sua condição econômica, social ou familiar, bem como previsões de anomalias ou malformações do nascituro. Nos casos em que o aborto é tido como terapêutico, permite-se que seja ele realizado com até 5 meses de gravidez.

Na América do Sul, o primeiro e único país a permitir o aborto é o Uruguai, a partir da promulgação da lei nº 18.987 sobre interrupção voluntária da gravidez (Ley nº 18.987. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp6398680.htm>>. Acessado em: 15 de abril de 2017).

³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales; Comité de los Derechos del Niño, observaciones generales núms. 4 y 15; Resolución 70/137 de la Asamblea General y UNESCO, Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad (2009). Informe del Grupo de

Especificamente sobre a relação entre leis restritivas ao aborto e a submissão à tortura, no informe do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanas ou degradantes, de janeiro de 2016, constou que o aborto inseguro ocupa o terceiro lugar entre as principais causas de morte materna no mundo; que quando o aborto está restringido por lei a mortalidade materna aumenta, pois as mulheres se veem obrigadas a se submeter a abortos clandestinos em condições perigosas e anti-higiênicas; que também as mulheres sofrem consequências físicas e psicológicas de curto prazo quando se submetem a abortos em condições de riscos ou quando se veem obrigadas a manter uma gravidez contra a sua vontade. Ademais, destacou que essas políticas restritivas têm repercussões desproporcionais em mulheres e meninas marginalizadas e desfavorecidas e que a existência de leis muito restritivas de acesso ao aborto seguro atentam contra o direito das mulheres a não serem submetidas a tortura e maus tratos, afirmando, neste contexto, que restringir o acesso à interrupção voluntária da gravidez provoca mortes desnecessárias de mulheres. Por fim, o referido informe aponta que os Estados com leis restritivas de acesso ao aborto perpetuam a tortura e os maus tratos ao negar a mulheres o acesso ao aborto em condições seguras, recomendando a obrigação de as revisar³⁴.

Relatores da ONU apresentaram recentemente à Ministra Cármen Lúcia, para eventualmente servir de subsídio à ADI 5581³⁵, parecer sobre a "negação de serviços de aborto e proibição da tortura e tratamento cruel, desumano e degradante³⁶".

VI – DADOS EMPÍRICOS SOBRE O ABORTO NO BRASIL

A inicial dessa ADPF contém uma farta demonstração do grave problema social atrelado ao aborto inseguro. Em 2014, a taxa de

Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica (2016). Todas as publicações podem ser consultadas em: <http://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx>. Acesso em 17/04/2017.

³⁴ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2016). Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx>. Acesso em 17/04/2017.

³⁵ A ADI 5581 tem por objeto políticas públicas relacionadas ao zika virus e à microcefalia. Dentre elas se encontra a descriminalização do aborto nesse contexto.

³⁶ http://sxpolitics.org/ptbr/wpcontent/uploads/sites/2/2016/11/parecer_conselho_onu_zika_aborto.pdf

mortalidade materna foi calculada em 64 óbitos por 100.000 nascidos vivos³⁷, enquanto que nos países desenvolvidos a taxa é de 10 óbitos por 100.000 nascidos vivos. A interrupção da gravidez em condições clandestinas é a quarta causa de mortalidade materna no país. Especificamente, o abortamento é a primeira causa de óbito materno em Salvador desde 1990 e a terceira em São Paulo. Mulheres negras teriam maior risco de morrer do que as brancas, por serem mais pobres e por enfrentarem maior dificuldade de acesso aos serviços de saúde de qualidade³⁸.

Informações mais recentes apontam que essa realidade não se modificou. A Pesquisa Nacional do Aborto 2016 mostra que uma em cada cinco mulheres aos 40 anos já fez, pelo menos, um aborto no Brasil. Em 2015, foram 417 mil mulheres no meio urbano e 503 mil mulheres ao se incluir zona rural e mulheres não alfabetizadas. Assim, meio milhão de mulheres fez aborto em 2015 no Brasil. São pelo menos 1.300 mulheres por dia, 57 por hora, quase uma mulher por minuto. Por fim, considerando toda a população feminina entre 18 e 39 anos no Brasil, 4,7 milhões de mulheres já fizeram aborto ao menos uma vez na vida³⁹, sendo 15% dessas mulheres negras e indígenas, contra 9% de mulheres brancas⁴⁰.

Sobre o maior impacto da criminalização do aborto a partir de um recorte de classe e raça, Daniel Sarmiento salienta:

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

³⁷ Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Relatório Nacional de Acompanhamento. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/140523_relatorioidm.pdf

³⁸ Mortalidade materna no Brasil. Insucesso no cumprimento do quinto Objetivo de Desenvolvimento do Milênio. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Drezett-cremesp-60610-2014-RC-1.pdf>

³⁹ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Cien Saude Coletiva, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>.

⁴⁰ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Cien Saude Coletiva, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>.

expedientes muito mais precários e perigosos para pôr fim às suas gestações⁴¹.

Também em termos geográficos, o aborto inseguro encontra-se desigualmente distribuído. Na região Norte, o risco de mortalidade materna em consequência de aborto é 1,6 maior do que na região Sudeste⁴².

O Ministério da Saúde⁴³, ao se pronunciar sobre "o aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos", diz que a sua criminalização impacta negativamente a saúde das mulheres, em quase nada coíbe a prática, além de perpetuar a desigualdade social. O risco imposto pela ilegalidade do aborto é, em sua maioria, vivido pelas mulheres pobres e pelas que não têm acesso aos recursos médicos para o aborto seguro.

Ainda de acordo com esse Ministério⁴⁴, o abortamento no País resulta de necessidades não satisfeitas de planejamento reprodutivo, num contexto de falta de informações sobre a anticoncepção, dificuldades de acesso aos métodos, falhas no seu uso, uso irregular ou inadequado, tudo isso ainda mais comprometido pela ausência de acompanhamento pelos serviços de saúde.

Sabe-se ainda, novamente a partir dos dados da Pesquisa Nacional do Aborto 2016, que cerca de metade das mulheres que fez um aborto ilegal no país precisou ser internada. Entre aquelas que fizeram um aborto, em 2015, 67% precisou ficar internada, o que representa um intenso processo de adoecimento desnecessário, humilhação e sofrimento às mulheres, além de impacto nos recursos públicos de saúde⁴⁵.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. "Legalização do Aborto e Constituição". Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04 de abril de 2017.

⁴² GOLLOP, T.R. "Por que despenalizar o aborto?" *Ciência e Cultura*. São Paulo, v. 61, n. 3, pp. 4-5, 2009.

⁴³ Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. "Aborto e Saúde Pública 20 anos. 2009. Brasília: Ministério da Saúde, p. 428 (Série B. Textos Básicos de Saúde).

⁴⁴ Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. Atenção Humanizada ao Abortamento: Norma Técnica. 2ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

⁴⁵ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>.

Todo esse quadro tende a se agravar no cenário atual do Brasil, em que a EC 95 estabelece, para os próximos 20 anos, um teto para os gastos públicos primários. Com a diminuição do investimento em políticas públicas tendentes ao enfrentamento da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais, mais mulheres negras, pobres e nortistas, sem acesso aos serviços de saúde e, especialmente, ao planejamento reprodutivo, se submeterão ao aborto inseguro.

Também a educação vive um momento complicado. Todos os documentos internacionais pertinentes aos direitos sexuais e reprodutivos apontam a necessidade de uma educação que invista na igualdade de gênero. Segundo Relatório sobre a Situação da População Mundial 2016 do Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA⁴⁶:

"A educação integral para a sexualidade é uma fonte essencial de informação apropriada à idade para milhões de meninas no mundo todo. Há claras evidências de que a educação integral para a sexualidade tem um impacto positivo sobre a saúde sexual e reprodutiva, além de ajudar a reduzir infecções sexualmente transmissíveis, inclusive o HIV, bem como gravidez não planejada (UNESCO, 2015a).

A educação integral para a sexualidade também tem um impacto comprovado na melhoria do conhecimento e da autoestima, mudando atitudes e normas sociais e de gênero, além de desenvolver a capacidade de influência e decisão. Esses fatores são críticos durante a adolescência, quando as pessoas fazem a transição para a vida adulta. As evidências confirmam que a educação integral para a sexualidade não incentiva a atividade sexual, mas tem um impacto positivo sobre comportamentos sexuais mais seguros e pode postergar a iniciação sexual."

No entanto, segundo fartamente divulgado na imprensa nacional⁴⁷, a nova Base Nacional Comum Curricular, que o MEC entregou ao Conselho Nacional de Educação, não trabalha o conteúdo de gênero e tampouco de orientação sexual. De modo que meninas e adolescentes não terão acesso a uma educação que as livre de uma gravidez precoce. O recurso ao aborto será praticamente inevitável.

⁴⁶<http://www.unfpa.org.br/swop2016/BOOK-SWOP-2016-24-10-WEB.pdf>

⁴⁷<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-04/mec-retira-termo-orientacao-sexual-da-versao-final-da-base-curricular>
<http://g1.globo.com/educacao/noticia/veja-8-pontos-de-destaque-na-nova-base-curricular-do-ensino-fundamental.ghtml>
<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2017/04/1873366-ministerio-tira-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual-da-base-curricular.shtml>

À vista da realidade empírica do Brasil, é possível afirmar, sem medo de errar, que a persistência na proibição do aborto seguro é uma clara ofensa ao princípio da igualdade.

A jurisprudência brasileira recorre, nessa hipótese, à chamada "teoria do impacto desproporcional". Segundo Joaquim Barbosa, tal teoria consiste na ideia de que "toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas"^{48 49}.

A discriminação indireta, ainda sem recurso à elaboração teórica acima referida, foi o mote para o STF, na ADI 1946-DF, julgar a inconstitucionalidade do limite dos benefícios previdenciários sobre o salário maternidade, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20⁵⁰.

A criminalização do aborto no Brasil, como fartamente relatado, incide de forma absolutamente desproporcional sobre mulheres pobres, no mais das vezes negras e nortistas. Esse fato, por si só, já seria causa eficiente de inconstitucionalidade das normas impugnadas nessa ação.

⁴⁸ "Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade". Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

⁴⁹ Daniel Sarmento informa sobre o uso da teoria do impacto desproporcional, para evitar discriminações indiretas no campo da igualdade de gênero, pela Corte Europeia de Justiça. Diz ele: "O primeiro precedente ocorreu no julgamento do Caso 170/84, *Bilka Kaufhaus vs. Von Hartz*, em que se discutia a validade de um sistema privado de pensão mantido por empresa germânica, o qual negava o benefício a empregados que trabalhassem em regime de tempo parcial, à luz do art. 119 do Tratado de Roma, que garante a igualdade entre mulheres e homens em relação ao trabalho. Embora não houvesse ali explícita discriminação de gênero, a Corte entendeu que seria inválido o sistema, porque afetaria de forma muito mais intensa as mulheres do que os homens, já que são elas as que, na grande maioria dos casos, trabalham em regime parcial. *In* "Livre e Iguais – Estudos de Direito Constitucional". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 150.

⁵⁰ Consta da ementa do acórdão respectivo:

"Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 por mês durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF 88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal (...)"

VII – DIREITOS DO NASCITURO

Mesmo reconhecendo os fortes indícios de inconstitucionalidade nas disposições do Código Penal que proíbem o aborto, não há como afirmá-la conclusivamente sem enfrentar a questão da proteção jurídica à vida intrauterina.

A inicial defende que, embora também protegida, a vida intrauterina o é em intensidade menor do que a de alguém já nascido, além de ir aumentando progressivamente: embrião, feto e viabilidade extrauterina. Também nesse sentido é a lição de Canotilho e Vital Moreira⁵¹:

"A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo (...). Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa (...). É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção de vida intra-uterina".

Há um consenso de que antes da formação do córtex cerebral – que só acontece no segundo trimestre da gestação – não há propriamente pessoa, já que o nascituro é incapaz de sentimento e pensamento. Segundo Maurizio Mori, citado por Daniel Sarmiento⁵², "o córtex constitui o substrato biologicamente necessário do qual emerge a novidade do nível cultural racional", antes do qual não existe senão a 'naturalidade do mundo orgânico".

O *case Roe v. Wade* (1973) é o precedente sempre invocado, porque inaugura esse marco na permissão do aborto. A Suprema Corte dos Estados Unidos, decidindo com base na Décima Quarta Emenda,

⁵¹"Constituição da República Portuguesa Anotada". 2ª ed., vol I. Coimbra, Almedina, 1985, p. 175.

⁵²"Legalização do Aborto e Constituição," ob. cit. p. 30

reconheceu a inconstitucionalidade de lei do Texas e o direito ao aborto nos primeiros três meses de gestação⁵³.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional, desde o Acórdão nº 25/84⁵⁴, vem enfrentando a constitucionalidade de norma relativa à exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção da gravidez, sempre assumindo a posição da tutela progressiva do feto. Em 1998, no Acórdão nº 288, viu-se às voltas com o controle preventivo de constitucionalidade de uma proposta de referendo, cujo objeto era a despenalização geral do aborto, por vontade da gestante, realizado nas primeiras 10 semanas de gestação. Não ocasião, teve por correto esse critério na ponderação entre direitos fundamentais da mulher e a vida intrauterina:

"Neste contexto se perceberá que, para quem entenda que a vida humana intra-uterina constitui um bem jurídico constitucionalmente protegido pelo artigo 24º da CRP, uma primeira questão consista em determinar em que casos e circunstâncias, efectuada uma adequada ponderação de interesses, se pode admitir a licitude da interrupção voluntária da gravidez, assim se resolvendo os eventuais conflitos entre aquele referido bem jurídico e os direitos da mulher, não só à vida, à saúde ou à dignidade, mas também a uma maternidade consciente - a que se refere o artigo 67º, nº 2, alínea d), da CRP -, principalmente quando conjugado com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, recentemente consagrado no artigo 26º da Lei Fundamental, com a última revisão constitucional.

Ora, não se afigura inadequado que a ponderação de interesses em causa tenha em conta o período de gestação, «sendo certo que não é indiferente, à luz da consciência cultural e jurídica, a fase de desenvolvimento do feto, reclamando este uma tutela tanto maior quanto mais próximo estiver o seu nascimento», conforme se afirmou no Acórdão nº 85/85.

Esta tutela progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação, poderia encontrar, desde logo, algum apoio nos ensinamentos da biologia, já que o desenvolvimento do feto é um processo complexo em que ele vai adquirindo sucessivamente características qualitativamente diferentes (cfr. Harold J. Morowitz and James S. Trefil, ob. cit.); e, também, para alguns, na história da filosofia e da teologia moral, onde são conhecidas, por exemplo, as diferenciações medievais entre embrio formatus e informatus ou entre foetus animatus e inanimatus, bem como teses mais recentes sobre a hominização retardada (cfr. Glanville Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, Faber and Faber Ltd., 1958, págs. 140 e segs.; Joseph F. Donceel, S. J., *Immediate Animation and Delayed Hominization*, «Theological Studies», nº 31, 1970, págs. 76 e segs.); ou, ainda, na história jurídica comparada, já que, por exemplo, até

⁵³ " Texto completo da decisão disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>. Acesso em 26/04/2017.

⁵⁴ Texto completo da decisão disponível em: "<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html?impressao=1>" "<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html?impressao=1>". Acesso em 24/04/2017

1803, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, o aborto só era punido se o feto já se movimentasse no ventre materno ? o quickening (Glanville Williams, *ibid.*).

Mas o que releva, sobretudo, é que essa tutela progressiva encontra seguramente eco no «sentimento jurídico colectivo», sendo visível que é muito diferente o grau de reprobção social que pode atingir quem procure eventualmente «desfazer-se» do embrião logo no início de uma gravidez ou quem pretenda «matar» o feto pouco antes do previsível parto; aliás, esse sentimento jurídico colectivo, que não pode deixar de ser compartilhado por povos de uma mesma comunidade cultural alargada que encontra a sua expressão na União Europeia, encontra-se bem reflectido na legislação dos países que a compõem e a que se fez detida referência⁵⁵.

Mas seguramente a decisão mais importante sobre o tema vem da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não só porque o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a ela submetendo-se, mas também pela interpretação que conferiu ao artigo 4.1 da Convenção (“toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”).

Em *Artavio Murillo vs Costa Rica* (“caso da fertilização *in vitro*”), a Corte IDH decidiu que, de acordo com a expressão “em geral”, a proteção do direito à vida não pode ser absoluta, “sendo gradual e incremental segundo seu desenvolvimento”:

“respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”⁵⁶.

Após essa observação, conclui que “teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de

⁵⁵ Texto completo da decisão disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html?impressao=1>. Acesso em 24/04/2017

⁵⁶ Caso *Artavio Murillo VS Costa Rica*, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, item 185, acesso em 1º de maio de 2017

la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a "conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto", y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.⁵⁷

No âmbito interno, em março de 2013, o Conselho Federal de Medicina e 27 Conselhos Regionais de Medicina apontaram a necessidade de reforma do Código Penal, para afastar a ilicitude da interrupção da gravidez, quando resultante da vontade da gestante, até a 12ª semana de gravidez⁵⁸.

Há, portanto, reflexão jurídica e médico-científica bastante amadurecida no sentido de que a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana é um critério acertado para resolver a colisão de interesses entre os direitos da mulher e aqueles da vida intrauterina.

VII - CONCLUSÃO:

1. é cabível a ADPF e o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para decidir o tema do aborto, nos limites do pedido ali veiculado;

2. a criminalização do aborto, consagrada no Código Penal, nos artigos 124 e 126, está em desacordo com diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, tais como o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994), a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995), e o

⁵⁷ Caso Artavio Murillo VS Costa Rica, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, item 222, acesso em 1º de maio de 2017. Grifos nossos.

⁵⁸ <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23661>. Acesso em 6/5/2017

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Consenso de Montevideu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013);

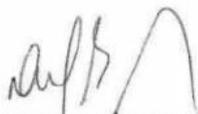
3. essa criminalização também viola direitos fundamentais das mulheres previstos na Constituição da República, como dignidade, liberdade, igualdade, saúde, proibição de submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante e proibição de preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade;

4. a realidade empírica do Brasil demonstra que o aborto se dá em larga escala, mas com os seus efeitos mais perversos atingindo severamente mulheres pobres, negras e nortistas;

5. o critério de possibilidade de interrupção de gravidez no primeiro trimestre já foi adotado por diversas Cortes Constitucionais de outros países e conta com o endosso da comunidade médica do Brasil.

6. a ADPF deve ser julgada procedente.

Brasília, 8 de maio de 2017.



DEBORAH DUPRAT

Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão

GRUPO DE TRABALHO DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

ANEXO B

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 INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.
2. Em *primeiro lugar*, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.
3. Em *segundo lugar*, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: *os direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.
5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.
6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.
7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.
8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos 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. 126¹ (aborto) e 288² (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 pacientes². 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 hipótese³.

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

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

² 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)

³ 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”. 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”.

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 ordem, cassandose 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. Pede 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 Penal³, 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.

³ 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). ⁶

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.

12. No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal⁶, que punem tanto o aborto provocado pela 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

⁷ 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 Dworking, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, 1994; (iv) Robin West, "From Choice to Reproductive Justice: DeConstitutionalizing 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 Woolf: A Coment on *Roe v. Wade*". *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973.

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 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 moral⁴ e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas⁹. 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)¹⁰. 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 proporcionalidade¹¹.

18. O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade

⁴ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 29. ⁹ 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. ¹⁰

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. ¹¹ Sobre o tema, v. Robert Alexy, *Teoria e los derechos fundamentales*, 1997, p. 111; Aharon Barak, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*; e Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015, p. 289-295.

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. O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre 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

¹² 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 responsabilmente 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 mulheres⁶. 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 dívida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta*”¹⁴.

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 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 feto¹⁵. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ele é ilegal

. Recente estudo do *Guttmacher Institute* e da *Organização Mundial da Saúde* (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos¹⁷. 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 mulheres¹⁸. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014¹⁹.

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 procedimento²⁰. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido²¹. 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 realização²².

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

¹⁶

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. ¹⁶

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. ¹⁷ Gilda Sedgh et al., Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends, *The Lancet*, vol. 388, iss. 10041, 2016. ¹⁸ Disponível em:

<<https://www.guttmacher.org/infographic/2016/restrictive-laws-do-not-stop-womenhaving-abortions>>

¹⁹ Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>> ²⁰ 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>>.

²¹

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.

²²

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 conduta⁵. 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

⁵ V. Verónica Undurraga, Op. cit. p. 86. ²⁴ Alemanha, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203, note 25, at para. 189.

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”*²⁴, 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 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 dias⁶. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal²⁶, na França²⁷ e na Bélgica²⁸.

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 abortar⁹. 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)³⁰. 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.

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

⁶ Alemanha, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203; Reforma ao Código Penal de 1995. ²⁶

Portugal, Lei no 16/2007 ²⁷ França, Código de Saúde Pública, Lei n 2001-588/2001 e Código Penal. ²⁸ Bélgica, Código Penal de 1867 (reforma de 1990).

⁹ 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.* ³⁰ Kristen Day, *Op. cit.* p. 144.

gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbilidade 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 aborto⁷. 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 proporcionalidade⁸⁹. 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.

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

⁷ 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).

⁸ Canadá, Suprema Corte de Justiça canadense, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 SCR

⁹.

desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno¹⁰. 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.

¹⁰ Daniel Sarmiento, Legalização do aborto e Constituição. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.

ANEXO C

minha opinião sobre a interrupção de uma gravidez (aborto) e minha experiência

2:46 PM · 18 out 17

8.091 Retweets 12,9K Curtidas

2.306 1 comentário

Em resposta a @aretubVEVO
antes de mais nada eu espero que meu relato seja lido com muito respeito porque não é nada fácil falar sobre isso

6 293 1.391

Curtir Compartilhar

tô me abrindo porque acabei de ler um comentário de um @ sobre a falta de responsabilidade que as mulheres têm ao realizar o "aborto"

1 282 1.269

Curtir Compartilhar

no começo desse ano eu me mudei pro rio de janeiro pra estudar artes, e óbvio, fui à estudo mas levava uma vida normal de uma menina de 19

1 296 1.230

em fevereiro conheci um cara e a gente começou a sair e em abril a gente tava namorando e diga-se de passagem, nossa relação era ótima

1 298 1.220

1.403

Curtir Compartilhar

a gente nunca brigava e sempre que rolava uma discussão mesmo que mínima, a gente acabava rindo no final

1 289 1.193

quem conhece o rio sabe que é uma cidade muito extensa e que de uma zona pra outra, dependendo do dia, demoram-se horas pra se locomover

1 293 1.214

tai o porque de que, sempre que a gente se via, eu e meu (ex) namorado tínhamos que dormir juntos

1 294 1.146

1.278

Curtir Compartilhar

obvio que a partir dai eu cogitei a possibilidade de estar grávida e liguei pro meu parceiro

1 294 1.147

como era um dia de semana (e a gente morava muito longe um do outro e nenhum dos dois tinha carro) ele não pode ir me ver

1 289 1.145

a gente fez o teste por facetime, juntos, e deu positivo. eu não sei explicar até hoje o que eu senti, mas a ficha não caiu naquele dia

1 292 1.173

1.298

Curtir Compartilhar

não preciso explicar pra vocês que casais tem suas intimidades e que é natural que vocês façam sexo e pois é, a gente fazia sim

1 293 1.195

ai chegou maio e minha menstruação atrasou, mas eu tenho ovários policísticos e as vezes ela demora mesmo, então nem liguei pra situação

4 294 1.195

mas o meu corpo começou a mudar muito: meus seios estavam muito sensíveis e inchados, eu tinha muita fome e enjoos eram frequentes

1 289 1.143

eu precisava de alguém comigo já que morava numa cidade nova e totalmente longe da minha família, então chamei uma amiga



todos os órgãos dele estavam pra fora do corpo! rins, fígado, intestino... tudo!

1 291 1.171

@aretubVEVO · 19h
me disseram que ele tinha chances de vida, mas que preferiam que eu fizesse um ultrassom mais específico e com urgência. eu fiz.

1 286 1.129

@aretubVEVO · 19h
notem que a gravidez inteira EU FIZ tudo que me pediram pra fazer, eu entendi TUDO que os outros me falavam. eu só fui, pelo meu filho.

1 292 1.230

@aretubVEVO · 19h
no outro dia, fiz o ultrassom. aí tudo piorou. não bastasse só a onfalocèle,

1.553

Curtir Compartilhar

meu filho também tinha diversas outras má formações.

1 288 1.142

@aretubVEVO · 19h
mas o corpo dele era tão pequeno que ninguém sabia dizer direito quais, só disseram que muito provavelmente as chances de vida eram pequenas

2 287 1.138

@aretubVEVO · 19h
chorei um dia inteiro e os médicos disseram que não havia o que ser feito

1 286 1.136

@aretubVEVO · 19h
mesmo que meu filho fosse nascer sem vida, as leis não permitem uma interrupção exceto em caso de estupro, acefalia ou risco pra vida da mãe

1.531

Curtir Compartilhar

@aretubVEVO · 19h
se ponha agr no lugar de uma mãe que cria um laço com uma criança que n vai nascer, imaginem a cabeça dessa mulher. imaginem a minha cabeça!

4 428 1.853

@aretubVEVO · 19h

ai eu vim buscar socorro na França, porque tenho tios aqui. com quarto meses, entrei num avião com meu pai e vim fazer novos exames.

1 297 1.218

@aretubVEVO · 19h
aqui na França eles me deram mais notícias: o coração do meu bebê tinha sido sugado pra fora do corpo, os órgãos estavam colados na placenta

1 311 1.229

2.006

Curtir Compartilhar

meu filho sofria, sentia incômodos, mas continuava vivendo porque estava ligado a mim e recebendo meus nutrientes

1 336 1.377

@aretubVEVO · 19h
foi então que me propuseram a interrupção e eu não consegui responder no dia, demorei uma semana e meia pra dar minha resposta

1.885

Curtir Compartilhar

a coluna vertebral dele tinha sido danificada pela pressão da abertura do tórax e estava com formato de v, ele não tinha diafragma

1 307 1.184

@aretubVEVO · 19h
e o que mais me doeu, ele só continuava vivo porque estava ligado a mim.

1 370 1.677

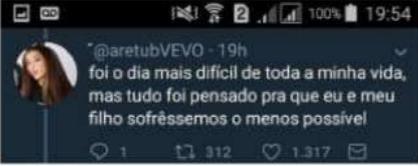
@aretubVEVO · 19h
eu sentia meu filho, os chutes dele, ele se mexendo. e tb sentia dor! a gravidez era de risco, eu tomava remédios muito fortes pras dores

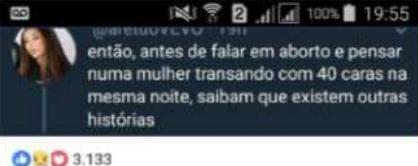
1 307 1.254

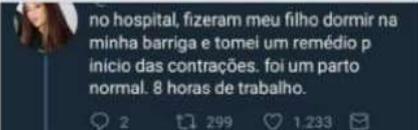
@aretubVEVO · 19h
aquilo tava me desgastando, eu e ele. os médicos já haviam descartado todas as possibilidades de ele nascer com vida e então eu topeli.

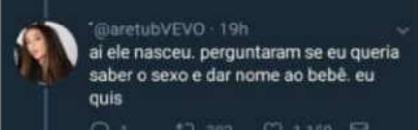
1 304 1.233

@aretubVEVO · 19h

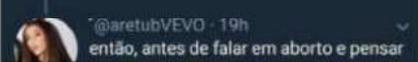

 @aretubVEVO · 19h
 foi o dia mais difícil de toda a minha vida, mas tudo foi pensado pra que eu e meu filho sofrêssemos o menos possível

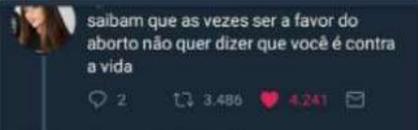

 então, antes de falar em aborto e pensar numa mulher transando com 40 caras na mesma noite, saibam que existem outras histórias

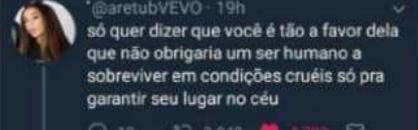

 no hospital, fizeram meu filho dormir na minha barriga e tomei um remédio p início das contrações. foi um parto normal. 8 horas de trabalho.

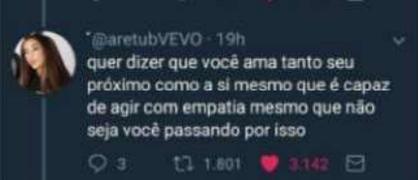

 @aretubVEVO · 19h
 ai ele nasceu. perguntaram se eu queria saber o sexo e dar nome ao bebê. eu quis

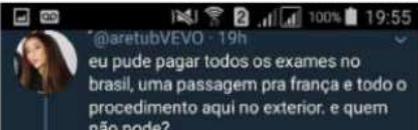

 @aretubVEVO · 19h
 era um menino e o nome dele é (porque ainda vive pra mim) thomás.


 então, antes de falar em aborto e pensar

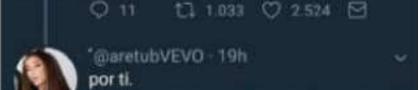

 saibam que as vezes ser a favor do aborto não quer dizer que você é contra a vida


 @aretubVEVO · 19h
 só quer dizer que você é tão a favor dela que não obrigaria um ser humano a sobreviver em condições cruéis só pra garantir seu lugar no céu


 @aretubVEVO · 19h
 quer dizer que você ama tanto seu próximo como a si mesmo que é capaz de agir com empatia mesmo que não seja você passando por isso


 @aretubVEVO · 19h
 eu pude pagar todos os exames no brasil, uma passagem pra França e todo o procedimento aqui no exterior. e quem não pode?


 @aretubVEVO · 19h
 a gente PRECISA SIM falar sobre o aborto!


 @aretubVEVO · 19h
 por ti.


 THOMAS
 03 outubro 2017

ANEXO D

