



**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS**

CURSO DE DIREITO

ALINE DE FREITAS SOUZA

**CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO
DA MULHER SOB A PERSPECTIVA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS**

**INHUMAS-GO
2021**

ALINE DE FREITAS SOUZA

**CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO
DA MULHER SOB A PERSPECTIVA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS**

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

Professora orientadora: Ma. Juliana Da Silva Matos

INHUMAS – GO

2021

ALINE DE FREITAS SOUZA

**CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO
DA MULHER SOB A PERSPECTIVA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS**

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO(S) ALUNO(S)

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

Inhumas, 15 de Dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Ma. Juliana Da Silva Matos (orientadora)

Ana Maria

Raphaela Pires Teodoro

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
BIBLIOTECA FACMAIS

S729c

SOUZA, Aline de Freitas
CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DO
DIREITO DA MULHER SOB A PERSPECTIVA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS/
Aline de Freitas Souza. – Inhumas: FacMais, 2021.

42 f.: il.

Orientador (a): Juliana da Silva Matos

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de Inhumas -
FacMais, 2021.

Inclui bibliografia.

1. Aborto; 2. Direitos das Mulheres; 3. Violação de Direitos Humanos; 4. Direitos
Reprodutivos. I. Título.

CDU: 34

Dedico esta monografia à minha filha
Hellena de Freitas Souza.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela saúde que me deu nesta existência, tornando possível a realização deste projeto.

Aos meus pais, por terem sempre me incentivado e acreditado que eu seria capaz de superar os obstáculos que a vida apresentou.

A minha orientadora Professora Ms. Juliana Matos, por sua disponibilidade ao meu projeto durante este período de pandemia da COVID-19, que me estimulou constantemente, mesmo com as novas adaptações tecnológicas, sempre motivando durante todo esse processo.

O número de abortamento voluntário clandestino e ilegal no Brasil supera, de forma irrefutável, o número de casos que chegam até o Judiciário para o devido processo de julgamento, demonstrando certo descompasso entre a lei posta pelo Código Penal vigente e a possível conformação da prática ilícita de aborto em caso concreto a ser apreciado na esfera judicial. (Roberto Chateaubriand Domingues)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CF	Constituição Federal
HC	Habeas Corpus
Min	Ministro ou Ministra
MP	Ministério Público
PGR	Procuradoria-Geral da República
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário

RESUMO

A tipificação do aborto voluntário na ordem jurídica brasileira, viola a autonomia da mulher, bem como a integridade física e psíquica da gestante. O objetivo da pesquisa é pontuar a possibilidade da descriminalização do aborto no ordenamento jurídico, mediante interpretação dos direitos e garantias fundamentais, verificando o impacto na saúde das mulheres, conseqüentemente afetando o Estado. A metodologia empregada na pesquisa utilizou-se abordagem qualitativa dedutiva, de caráter descritivo revisório, por meio do procedimento da pesquisa bibliográfica e levantamento de referências teóricas e análise da doutrina, legislação e jurisprudência sobre a temática em estudo. Os resultados apontam para a necessidade da descriminalização da prática do aborto voluntário, com observância dos direitos fundamentais: direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Porém, diante da reprovação moral, social e religiosa, expressa no código penal, sinaliza-se tratar de uma discussão extensa e sobre a qual não existe um consenso a respeito, sendo a forma mais adequada de se enfrentar o problema suscitado pela perspectiva da dignidade da pessoa.

Palavras-chaves: Aborto. Direitos das Mulheres. Violação de Direitos Humanos. Direitos Reprodutivos.

ABSTRACT

The classification of voluntary abortion in the Brazilian legal system violates the woman's autonomy, as well as the physical and psychological integrity of the pregnant woman. The objective of the research is to point out the possibility of decriminalizing abortion in the legal system, through the interpretation of fundamental rights and guarantees, verifying the impact on women's health, consequently affecting the State. The methodology used in the research uses a qualitative-deductive approach, with a descriptive review, through the procedure of bibliographical research and survey of theoretical references and analysis of doctrine, legislation and jurisprudence on the subject under study. The results point to the need to decriminalize the practice of voluntary abortion, with observance of fundamental rights: women's sexual and reproductive rights. However, given the moral, social and religious disapproval, expressed in the penal code, this is an extensive discussion on which there is no consensus on the matter, being the most appropriate way to face what is raised by the perspective of the dignity of human person.

Keywords: Abortion. Women's Rights. Violation of Human Rights. Reproductive Rights.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	7
RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO	10
1 OS DIREITOS DAS MULHERES NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	12
1.1 Aspectos históricos dos direitos humanos das mulheres	13
1.2 A efetividade dos direitos fundamentais da Mulher	14
<i>1.2.1 Os Direitos Sexuais e Reprodutivos sob a perspectiva dos Direitos Humanos</i>	<i>17</i>
2 A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
2.1 O direito à vida e o princípio da proporcionalidade	19
2.2 Direito de autonomia da mulher e o castigo do aborto	24
3 CÓDIGO PENAL E A TIPIFICAÇÃO DO ABORTO	26
3.1 Concepções jurídicas do aborto	26
3.2 Classificação jurídica do abortamento	27
<i>3.1.1 As espécies de aborto</i>	<i>29</i>
3.2 Descriminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro	31
<i>3.2.1 A interrupção voluntária da gravidez e precedente do Supremo Tribunal Federal</i>	<i>32</i>
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

O debate sobre o impacto da criminalização do aborto voluntário na vida das mulheres, ocorre desde o início dos movimentos feministas, que sustenta a violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Apesar dos avanços dos direitos da mulher na ordem jurídica brasileira, destaca-se a manutenção da tipificação do aborto, afrontando diretamente a autonomia da mulher, bem como a integridade física e psíquica da gestante.

Esta pesquisa objetiva analisar a possibilidade de flexibilização e/ou a descriminalização do aborto no ordenamento jurídico. Para tanto, verifica-se que os objetivos específicos sustentam-se pela análise da temática na legislação penal, sob a perspectiva constitucional do bem jurídico da dignidade da pessoa, a autonomia da mulher, a defesa dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, diante da violação dos direitos e garantias fundamentais.

Ante o exposto, apresentamos o problema de nossa pesquisa, qual seja: a necessidade regulamentação na legislação brasileira referente à descriminalização do aborto voluntário?

O tema proposto é de grande relevância social e acadêmica da pesquisa. Por tratar de violação dos direitos e das garantias fundamentais da mulher ao aborto voluntário, considerado uma questão de saúde pública, sendo imprescindível o respeito os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres.

Destaque ainda a metodologia a ser empregada. No estudo utiliza-se o método dedutivo, mediante o uso do procedimento de pesquisa bibliográfico e documental, com o fim descritivo e revisório, com a coleta de informações por meio de legislação, doutrina, artigos científicos, bem como em consulta de sites oficiais de órgãos federais e estaduais aplicados ao tema, utilizando-se do estudo do Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos, devidamente baseado com o posicionamento de autores referência na matéria do tema, especialmente, em relação dos direitos das mulheres e na defesa dos direitos reprodutivos, conforme os estudos do posicionamento no Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho é ancorado na Teoria Crítica dos Direitos Humanos de Joaquim Herrera Flores.

Para tal, a pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo será abordado os aspectos históricos, pela perspectiva da constituição em relação aos

direitos humanos das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro, sob a perspectiva da reprovação do abortamento no contexto social e jurídico em relação ao direito à saúde da mulher, fundamentado pelos princípios da igualdade, autonomia pessoal e integridade corporal.

No segundo capítulo, apresenta-se a valorização do direito à vida e a interrupção voluntária da gravidez, sob a perspectiva do direito à proteção do feto e o impacto na saúde sexual e reprodutiva das mulheres, o conflito da proporcionalidade entre os institutos protegidos pela Constituição Federal.

E, por fim, no terceiro capítulo, verifica-se a delimitação do conceito das espécies de aborto, aponta-se os argumentos para a descriminalização do aborto perante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no estudo de casos da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez.

1. OS DIREITOS DAS MULHERES NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Este capítulo versa sobre o movimento feminista na busca da igualdade de direitos e combate da discriminação de gênero no âmbito nacional, mediante a adesão dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que contribuiu para os avanços sociais e jurídicos da participação da mulher contemporânea no processo de democratização do Brasil, voltados a proteção e garantia dos direitos humanos das mulheres.

Para Ballestrin (2017, p. 4), a problematização da teoria feminista no período pós-colonial centraliza-se sobre o corpo, sexualidade e gênero, assevera que:

No âmbito do pós-colonialismo não necessariamente feminista, esta problematização é, em geral, inserida nos contextos do encontro e da violência colonial. É como se o poder colonial fosse somado ao poder patriarcal; a violência sexual em particular aparece como fundamental para entendermos a violência colonial em geral. O corpo feminino pode ser pensado como o primeiro “território” a ser conquistado e ocupado pelo colonizador (homem, branco, cristão, europeu e heterossexual). Nas mais diversas situações de conflitualidades violentas, a vulnerabilidade do corpo feminino é acentuada: desde as conquistas coloniais, às guerras civis e interestatais, às ocupações e intervenções militares. Imperialismo, colonialismo e guerras foram, em geral, empreitadas masculinas e masculinizadas. Nesses contextos, a violação do corpo feminino por homens colonizadores, militarizados ou armados, do lado “amigo” ao “inimigo”, repete-se histórica e violentamente. Na disciplina das Relações Internacionais, a perspectiva feminista, iniciada desde o final dos anos 1980, justifica-se neste tipo de ocorrência (BALLESTRIN, 2017, p. 4).

Para o desenvolvimento e compreensão do capítulo, foram dispostas em três abordagens. No primeiro momento será abordada uma análise histórica e com enfoque da constituição dos direitos humanos das mulheres, no ordenamento jurídico brasileiro sob a perspectiva da reprovação do abortamento no contexto social e jurídico.

No segundo, apresentará em breve análise da efetivação dos direitos das Mulheres no ordenamento jurídico brasileiro, em relação à liberdade individual da mulher gestante. Por fim, no terceiro momento, verifica-se a análise do respeito aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sendo desdobramento dos Direitos Humanos, protegido e garantido constitucionalmente como direitos fundamentais, que por sua vez, envolve uma questão social e de saúde pública, que diante da sociedade contemporânea não poderia ser abordado como matéria de Direito Penal.

1.1 Aspectos históricos dos direitos humanos das mulheres

Historicamente, a luta pela igualdade entre homens e mulheres, remonta desde o início do século XX e acompanha toda a trajetória dos movimentos feministas na busca da implementação dos direitos das mulheres, que discutiam a condição feminina subordinada aos homens, sendo perpetuada pela construção social, cultural e jurídica da sociedade, a qual determina e limita os direitos e as liberdades das mulheres (SCOTT, 1995).

Neste ponto, ressalta-se a existência de leis discriminatórias e exclusivistas em relação aos direitos da mulher no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que se refere ao aborto e à sexualidade das mulheres.

Nesse sentido, pontua-se o entendimento de Leila Linhares Barsted (1999, p. 20 e 50), no sentido de que:

[...] A partir de 1975, com a entrada em cena do moderno movimento feminista no Brasil, várias propostas de alteração legislativa, visando a igualdade entre homens e mulheres [...]
[...] De certa forma, as normas constitucionais e o debate sobre as questões relativas à sexualidade e à reprodução significam posições e pressões diferenciadas sobre o Estado, expressas por distintos atores sociais e com diferentes argumentos. Os avanços nesse campo refletem as pressões do movimento feminista e a forma como essas questões têm sido colocadas nos países hegemônicos ocidentais e nas orientações das diversas Conferências Internacionais das Nações Unidas em que esses temas têm sido discutidos.

Observa-se, que as ações afirmativas da temática dos direitos e garantias fundamentais, presente na Constituição Federal de 1988, alcançando à proteção e garantias de direitos individuais e sociais das mulheres, “evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica” (MELLO, 2002, p. 22), no intuito de compensar e corrigir as discriminações e desigualdade entre o homem e a mulher, no ordenamento jurídico brasileiro (MELLO, 2002).

Contudo, apesar dos avanços presentes na Constituição Federal de 1988, em relação aos direitos das mulheres, ainda resiste, no âmbito social, cultural, político, econômico e jurídico a discriminação contra as mulheres, afrontando os direitos fundamentais de sua autonomia e dignidade, violando os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, especialmente sobre o aborto.

Com efeito, o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, prevê claramente a organização e o planejamento familiar, como um direito inerente a todo cidadão,

inclusive a mulher, a exercer dentro de sua liberdade e autonomia individual privada, sem sofrer limitação ou coerção do Estado ou sociedade, sobre a sua escolha de ter ou não filhos (RIZZARDO, 2019, p. 14).

Segundo Maia (2008, p.130), em relação aos direitos das mulheres, assevera:

Vê-se, então, que está em evidência, principalmente no debate sobre aborto, o papel que a mulher deve exercer na contemporaneidade, e, sobretudo, o direito à liberdade, isto é, se a mulher tem a liberdade e o direito de decidir sobre se quer e se tem condições para ser mãe ou não e em que momento. O embate traz à tona como se pensa a reprodução humana, que concepção se tem de sexualidade. Tais questões implicam o duradouro e rico debate entre o discurso da hierarquia eclesiástica, discursos teológicos e o discurso e as práticas de crentes e não-crentes.

Entretanto, presente na ordem jurídica brasileira a criminalização de determinados comportamentos relacionados à família, como a prática do aborto, presente no Código Penal, reprimindo o direito de reprodução da mulher, questão intrínseca aos direitos humanos e conseqüentemente aos direitos fundamentais.

Por sua vez, destaca-se a interpretação de Samantha Buglione (2013, p. 190), pondera-se que:

Ao se criminalizar o aborto voluntário parece se fazer uma eleição deliberada pela contradição: a liberdade é o fundamento da ordem social, mas é moralmente violada.[...] Assim, para o aborto ser um problema ético e jurídico é preciso que o feto: 1º seja reconhecido como pessoa; 2º exista como pessoa de interesses; e 3º que esses interesses sejam considerados direitos. São, portanto, três elementos necessários: ser pessoa, viver a vida e ser pessoa com interesses e direitos. Além disso, a gestação devera ser observada como um fim em si mesmo, o que permitira, por exemplo, gerenciar a conduta da genitora.

Em suma, compreende-se que a liberdade da mulher no exercício dos direitos sexuais e reprodutivos é restringida pela legislação penal que condena o abortamento, violando os direitos fundamentais da mulher.

1.2 A efetividade dos direitos fundamentais da Mulher

Na história do ordenamento jurídico brasileiro em relação aos direitos das Mulheres, destaca-se a existência de leis discriminatórias até alcançar a evolução de com a Constituição Federal de 1988, o marco expressivo, pela aplicação do princípio da isonomia de gênero e o reconhecimento de direitos individuais e sociais das mulheres. E, ainda, com as leis infraconstitucionais promulgadas, visando a proteção

dos direitos fundamentais femininos no intuito de afirmar a igualdade no meio social, político, econômico, cultural e jurídico existentes entre homens e mulheres.

Neste sentido, o entendimento de Rizzardo (2019), pontua que com a Constituição Federal de 1988, há uma estruturação e nova organização do direito de família, prevalecendo a luta pela igualdade, contudo equalizando as diferentes existentes entre o homem e a mulher, com vistas a alcançar a igualdade material.

Neste ponto, sobre o princípio da igualdade entre os sujeitos, homem e mulher, no casamento, transcrevemos o ensinamento de Rizzardo (2019, p. 25):

Já o art.5º, inc. I, da Constituição Federal, proclama que o homem e a mulher são iguais em valor humano e social. No art. 226, §5º, a igualdade de tratamento jurídico do marido e da mulher encontra pleno reconhecimento, no que se estende também aos mesmos direitos e deveres. O art. 1.511 do Código atual veio a sufragar o princípio, conforme transcrição acima.

No contexto jurídico social, merece destacar os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, que tratam exclusivamente dos direitos das mulheres como a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher da ONU (CEDAW), sendo ratificado em sua totalidade, somente, em 26 de junho de 1994, em conformidade com o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988 (PIOVESAN, 2018a).

Noutro ponto, destaca-se o Protocolo Facultativo à CEDAW e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como a Convenção de Belém do Pará da OEA, ratificada em 27 de novembro de 1994, que conceitua a violência contra a mulher, bem como suas formas; impõe ao ordenamento jurídico brasileiro a exclusão e modificação de leis de cunho discriminatório contra a mulher, destacando-se a obrigatoriedade da inclusão da edição de normas nas esferas penais, civis e administrativas visando prevenir, punir, e erradicar a violência contra a mulher (PIOVESAN, 2018a).

Herrera Flores (2002), entende que os direitos humanos são os meios para garantir a manifestação da dignidade humana, respeitando a liberdade, no sentido de que:

Desde essa caracterização, é necessário abandonar toda a abstração – seja universalista, seja localista – e assumir o dever que nos impõe o valor da liberdade: a construção de uma ordem social justa (artigo 28 da Declaração de 1948) que permita e garanta a todas e a todos lutar por suas reivindicações. As violações ocorrem tanto no caso das mulheres,

condenadas a viver enclausuradas e apartadas dos processos sociais cotidianos, como no caso dos seres humanos, condenados, pelas políticas colonialistas de destruição de seus Países de origem, a buscar trabalho em um ambiente hostil de um Ocidente-fortaleza (HERRERA FLORES, 2002, p.27).

Assim, trabalhando para a ocorrência de interferências políticas, institucionais e jurídicas, no intuito de garantir o reconhecimento e o poder aos excluídos dos processos de construção de hegemonia.

Observa-se, a busca da igualdade, material e substancial, entre o homem e a mulher, necessária e imprescindível para a apresentação contínua de ações afirmativas (*affirmative actions*), tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades, por parte do Estado Democrático Social de Direito (PIOVESAN, 2018a).

Com efeito, os movimentos feministas e os instrumentos internacionais fomentaram a construção dos direitos reprodutivos e sexuais na vida das mulheres, que está ligado ao exercício pleno da igualdade de fato e de direito entre homens e mulheres.

Percebe-se que tais eventos internacionais consideram a reprodução e a sexualidade como direitos humanos, na medida em que as vislumbram como dimensões essenciais da existência dos indivíduos, reconhecendo a necessidade de proteger a liberdade no exercício destes, tanto para homens como para mulheres, e devendo ser analisados sob uma perspectiva de igualdade entre estes (HOLANDA; XEREZ, 2021, p.6)

Para tanto, pontua-se o entendimento de Piovesan (2018a, p. 481), enfatizando a importância de resguardar os direitos humanos das mulheres, no sentido de que:

Na esfera internacional, a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 estabeleceu relevantes princípios éticos concernentes aos direitos reprodutivos. Ineditamente, 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos, concebendo o direito a ter controle sobre as questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva, assim como a decisão livre de coerção, discriminação e violência, como um direito fundamental.

Em suma, observa-se que a comunidade internacional buscou instrumentalizar a participação das mulheres com a finalidade de alcançar a igualdade de condições de vida e os meios de exercer o direito individual, responsabilizando-se em relação à autonomia ao exercício da maternidade, ou seja, a plena disposição dos

direitos reprodutivos e sexuais sem a discriminação das mulheres ou a coerção pelo exercício de tais direitos.

1.2.1 Os Direitos Sexuais e Reprodutivos sob a perspectiva dos Direitos Humanos

Em relação ao estudo dos direitos sexuais e reprodutivos, verifica-se seu desenvolvimento ao longo da história mediante os movimentos feministas e comunidade internacional pela necessidade do controle de natalidade, baseado nos princípios da igualdade, autonomia pessoal e integridade corporal.

Nesta perspectiva, para as mulheres alcançarem uma posição social de igualdade de gênero, inicialmente se faz necessária a autonomia individual em relação ao exercício dos direitos reprodutivos e sexuais como direitos humanos fundamentais, conforme os princípios do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, organizada pela ONU, em 1994, na cidade do Cairo.

Diante do reconhecimento aos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos estabelecidos pela Conferência de Cairo, proporcionou a regulamentação no plano nacional da Lei de Planejamento Familiar, lei nº 9.263/1996, estabelecendo medidas em relação à fecundidade, autonomia pela concepção e contracepção e em especial aos cuidados à saúde da mulher, visando à igualdade da mulher nas relações sociais e familiares (BRASIL, 1996).

Ressalta-se que a efetivação dos direitos fundamentais prevista na Constituição Federal, tem aplicação imediata, contudo os direitos sexuais e reprodutivos consagrados internacionalmente e reconhecidos internamente revestem-se de restrições o exercício do direito à mulheres, como se destaca:

Em relação às mulheres, percebe-se que tais direitos refletem a autonomia no cuidado com os seus próprios corpos, o que abrange as decisões individuais que os envolvem, de modo que possam deliberar livremente sobre como vivenciar e expressar suas sexualidades e reprodução, possibilitando-as controlar o que acontece nas suas vidas. Libertando-as de padrões sociais que as restringem a uma única função na sociedade, notadamente a maternidade, às mulheres deve ser facultado escolher o rumo e os objetivos que desejam traçar e alcançar, da mesma forma como os homens sempre fizeram (HOLANDA; XEREZ, 2021, p.6).

Nota-se que, a interrupção da gravidez ou a decisão pelo aborto está intrinsecamente ligada à vivência de cada mulher, e mesmo sendo um tema estigmatizado social, cultural e juridicamente, a prática está presente na sociedade

brasileira, independente das hipóteses permitidas em lei, pois observa-se o direito ao exercício a integridade e controle do seu próprio corpo, em relação à mulher (HOLANDA, XEREZ, 2021).

Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 tem como base os princípios dos direitos humanos, especialmente sobre os direitos e garantias fundamentais, em relação aos direitos reprodutivos estabelecendo especial proteção no âmbito do direito civil, penal, trabalhista e saúde, no sentido de que:

O objeto mediato dos direitos reprodutivos é a saúde sexual e reprodutiva. A maioria dos modelos de intervenção profiláticos ou preventivos, utilizados historicamente pelas políticas de saúde pública, são exercidos por intermédio de um sistema jurídico-punitivo, que desconsidera a responsabilidade, o consentimento informado, a autodeterminação e a liberdade dos indivíduos de usarem seu próprio corpo. Dessa forma, sob o pretexto de bem-estar social e proteção individual, as leis podem respaldar um modelo inadequado que não contribui para a prevenção e, assim, violam direitos humanos (VENTURA, 2004, p. 55).

Neste ponto, entende-se que o aborto é uma questão de saúde pública, como determinado no documento de CAIRO (1994), de modo, que a intervenção do Estado em criminalizar o aborto enfatiza “a vulnerabilidade das mulheres ao aborto inseguro” (VENTURA, 2004, p. 56), violando os direitos individuais em vez de direcionar instrumentos para prevenção e acesso à saúde e educação.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No presente capítulo apresenta-se o debate sobre o direito à vida e a

interrupção voluntária da gravidez, sob a perspectiva do direito à proteção do feto e o impacto na saúde sexual e reprodutiva das mulheres, o conflito dos institutos assegurados e protegidos pela Constituição Federal.

Destaca-se a colisão de direitos, sendo estruturados os argumentos em duas etapas, inicialmente, abordagem em relação à questão do aborto sob análise do princípio da proporcionalidade, visando à segurança jurídica dos demais direitos fundamentais da mulher, ante a valorização moral e social da criminalização do aborto e o valor do bem jurídico da vida do nascituro na fase intrauterina. Na segunda etapa, a discussão sobre a autonomia da mulher de exercer a escolha de prosseguir ou interromper com a gravidez, e, por outro lado, a proteção jurídica concedida ao feto ou a obrigação da continuidade de uma gravidez, ante o receio do castigo penal moral.

2.1 O direito à vida e o princípio da proporcionalidade

No ordenamento jurídico brasileiro, o aborto é previsto como crime nos artigos 124 e 128 do Código Penal, que busca resguardar o direito à vida do feto, sendo que a doutrina e os estudos dos profissionais da saúde, medicina legal e obstetrícia, definem o entendimento do conceito do aborto.

Para Plácido e Silva (2016, p. 8), define o termo aborto como a “expulsão prematura do feto ou embrião; antes do tempo do parto”.

No entanto, para a medicina legal tem-se que “o abortamento é o ato de abortar. É o conjunto de meios e manobras empregados com o fito de interromper a gravidez” (CROCE *et. al.*, 2012, p. 555).

Neste contexto, o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete (*et. al.*, 2013, p. 95) sobre o aborto, no sentido de que:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

A objetividade jurídica do instituto é tutelar pela vida humana intrauterina do ovo, feto ou embrião, depois à integridade física, à vida e à liberdade individual da mulher gestante (MIRABETE *et.al.*, 2013).

No entanto, não existe na ordem jurídica qualquer limitação à liberdade de

procriar, “mesmo que total a incapacidade material, cultural e social dos pais para o sustento, a educação, e a capacitação dos filhos para o futuro” (RIZZARDO, 2019, p. 173), entende-se pelo aspecto jurídico de proteção ao direito à vida do nascituro, em conformidade com o artigo 5º, da Constituição Federal conjugado com o artigo 2º, do Código Civil, que garante os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Nesse mesmo raciocínio, destaca-se a interpretação do doutrinador Rizzardo (2019, p. 173), no sentido de que:

O direito à vida não permite o aborto, pois dando-se a concepção, há uma nova vida, surge um indivíduo novo. Discutem os filósofos e teólogos a respeito do começo ou da individualização da vida nascente no ser humano. Consuma-se a concepção da vida humana com a separação de fragmentos do corpo masculino e do corpo feminino e a sua união, interpenetrando-se.

Observa-se a colisão de direitos fundamentais, de um lado o direito à vida do feto, e do outro, os direitos das mulheres, nos termos do artigo 5º, da Constituição Federal, referentes à liberdade, à igualdade de tratamento, à dignidade, à intimidade, à privacidade e à autonomia reprodutiva da mulher, sendo necessária a ponderação dos princípios, visto que um direito não sobrepõe ao outro, porém, faz-se necessário aplicar o princípio da proporcionalidade, para indicar qual o bem jurídico passível de sofrer a maior lesão no estudo do caso concreto.

Para Mendes (2017, p. 156), a criminologia surgiu inicialmente de um discurso de homens em relação ao poder de punição sobre as mulheres, em linha ascendente, por meio da sujeição da teologia, da medicina e do direito, caracterizado pelo binômio perseguição/repressão.

Nesse sentido, estabeleceu que aos homens compete o trabalho em caráter superior ao da mulher e as mulheres competem aos cuidados da família com os filhos e afazeres do lar, considerando sua inferioridade.

Por sua vez, os direitos fundamentais das mulheres estão vinculados à autodeterminação (liberdade) e a inviolabilidade do corpo (proteção), a partir da dignidade da pessoa, no qual a mulher livremente decide sobre o seu próprio corpo.

Na interpretação de Mendes (2017), “a Constituição não diz quando começa a vida. Esta é uma construção moral/religiosa de cada um”, assim afirma que:

[...] A obrigação de tornar-se mãe, de dar à luz, de criar um filho.
O Código Penal não pode ser um repositório de condutas morais e religiosas.
A legislação penal tem por fim tutelar bens jurídicos definidos nos marcos de

um Estado laico. Um Estado que precisa observar os direitos fundamentais, em particular, na seara criminal, para justamente poder afirmar-se como democrático (MENDES, 2017, p. 200-201).

Por outro lado, segundo o estudo de Prado e Maíllo (2019), conforme as teorias da criminalidade observa-se que os homens são inclinados a delinquir mais que as mulheres, visto que para o autor o modelo de família influência na socialização dos filhos de acordo com seu sexo, além das variáveis, a classe social e a raça (PRADO; MAÍLLO, 2019, p. 402). Nesse sentido, pontua o feminismo na compreensão do autor, no sentido de que:

A partir de um ponto de vista mínimo, pode-se considerar que o feminismo é um movimento social e político preocupado com a luta pela igualdade das mulheres. Naturalmente, daqui se infere que o feminismo não tem de ser uma orientação radical ou extrema como muitas vezes se acredita; que não é preciso ser mulher para ser feminista; que nem todas as mulheres no âmbito das ciências humanas ou sociais são feministas; e, finalmente, que as feministas não têm de se dedicar única e exclusivamente a atividades próprias de seu âmbito (PRADO; MAÍLLO, 2019, p.398).

Com efeito, a criminalidade é algo complexo sendo difícil de enquadrar uma teoria unicamente baseada no sexo feminino e masculino, porém, destaca-se que o desenvolvimento da criminologia feminista é menor se comparada com a masculina, pois às mulheres são atribuídos controles sociais com maior ênfase do que em relação aos homens (PRADO; MAÍLLO, 2019).

Diante da criminalização do aborto, previsto no Código Penal, têm-se em contrapartida os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, desdobrando-se nos direitos sexuais, reprodutivos e autonomia das mulheres, e ainda, as concepções social, cultural e religiosa que envolve a questão, ante ao princípio da proporcionalidade (MIRABETE *et.al.*, 2013, p.96).

Destaca-se o ensinamento de Lobô (2021, p. 53), ao definir o nascituro (feto) como sujeito de direito, que assevera:

Nascituros são os seres humanos que se desenvolvem no ventre feminino. Sua existência, para os fins do direito civil, tem início com a implantação uterina efetiva, por meios naturais ou artificiais, e se encerra quando nasce com vida ou morto.

[...]O nascituro é sujeito de direito expectativo (existente), o que o legitima a defendê-lo, inclusive em juízo, por seu representante legal; é distinto da titularidade como pessoa, se nascer com vida, e de natureza diferente serão os direitos que advieram desse fato. Diferentemente, expectativa de direito diz respeito a direito que ainda não se constituiu; portanto, não é ainda figura

do mundo do direito, porque é suporte fático que ainda não se completou (LOBO, 2021, p. 53).

Para tanto, diante da criminalização do aborto, previsto no Código Penal, têm-se em contrapartida os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, desdobrando-se nos direitos sexuais, reprodutivos e autonomia das mulheres, e ainda, as concepções social, cultural e religiosa que envolve a questão, ante ao princípio da proporcionalidade (MIRABETE *et.al.*, 2013, p.96).

Neste contexto, importante ressaltar o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, ao constatar a violação a direitos fundamentais das mulheres no que refere à interrupção voluntária da gravidez, no sentido de que:

[...] 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.

[...] 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 (STF, 2017, p.4- 6).

Com efeito, diante do caso concreto para encontrar a solução material do problema, cabe aplicar o princípio da proporcionalidade para a harmonização necessária entre os “direitos ou bens jurídicos igualmente tutelados pela Constituição” (BARROSO, 2020, p. 510).

Cumprido, ainda, diante da colisão entre direitos fundamentais, direito à vida do nascituro na fase intrauterina e os direitos reprodutivos e autonomia da mulher, importante análise de alguns institutos aplicáveis ao caso concreto sobre as restrições a direitos fundamentais (BARROSO, 2020, p. 509).

Nesta linha de ideias, destaca-se a ponderação, como sendo uma técnica aplicada ao Direito, com o fim de evitar “as tensões e colisões de direitos fundamentais entre si ou entre eles e outros bens jurídicos relevantes, protegidos constitucionalmente” (BARROSO, 2020, p. 510).

Contudo, em relação a “razoabilidade e a proporcionalidade abrigam valores que se aproximam ou se identificam, razão pela qual, com frequência, os termos eram utilizados de maneira intercambiável (BARROSO, 2020, p. 512).

Portanto, têm-se que a proporcionalidade é o instrumento pelo qual estima-se

“a legitimidade das restrições a direitos fundamentais (BARROSO, 2020, p. 513), ou seja, um mecanismo de controle, no qual cabe verificar-se em etapas distintas, como:

(i) a adequação de uma medida para produzir determinado resultado (idoneidade do meio para realizar o fim visado), (ii) a necessidade da providência, sendo vedado o excesso (se houver meio menos gravoso para atingir o mesmo fim é ilegítimo o emprego do meio mais gravoso) e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se afere se o fim justifica o meio, vale dizer, se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se sacrifica (BARROSO, 2020, p. 513).

A liberdade segundo o entendimento de Mendes (2017):

é elemento fundamental de limitação da atuação penal com relação às mulheres, pois, sob o prisma do direito das mulheres, a liberdade se define no contexto de vidas concretas, e na exata medida dessas mesmas vidas. E é neste contexto que se coloca a discussão, no campo do direito penal, sobre a (des)criminalização do aborto. O direito à autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe, é um direito que é, ao mesmo tempo, fundamental e exclusivo das mulheres porque forma um com a liberdade pessoal (autodeterminação) da mulher em optar em se tornar mãe ou não. Trata-se, portanto, de uma liberdade negativa, de uma alternativa de ação (MENDES, 2017, p. 193-194).

Garcia (2011), por outro lado, assevera em sua conclusão sobre as implicações da descriminalização do aborto, afirmando que os argumentos aparentemente são plausíveis, contudo, desvaloriza proteção à vida, conduzindo a solução do problema com:

[...] com políticas de planejamento familiar e controle contraceptivo, de modo a não interromper vidas, discriminando-as, por se encontrarem no ventre materno, fazendo-as serem punidas, com a pior das penas, a morte, por um erro da sociedade ou dos próprios pais que não tomaram as medidas necessárias com vistas a evitar uma gravidez indesejada (MAGALHÃES, 2011, p.7).

Contudo, a autodeterminação e liberdade individual da mulher sobrepõem à convenção social e subjetiva.

Por fim, a punição do aborto, no ordenamento jurídico brasileiro, evidencia a sua desproporcionalidade ante aos direitos fundamentais das mulheres, sendo necessária adequação pela ponderação entre os bens jurídicos em colisão, de modo a preservar além dos direitos das mulheres a sua saúde física, pois a tipificação do aborto não inibe a realização do abortamento voluntário pelas mulheres.

2.2 Direito de autonomia da mulher e o castigo do aborto

No presente estudo, o crime de aborto na legislação penal brasileira estabeleceu o juízo de valor negativo para a prática da conduta do abortamento, eis que o bem jurídico tutelado, ou seja, a ser protegido pelo tipo penal, é a vida humana não autônoma do feto.

A complexidade existente na valoração do bem jurídico tutelado é o conflito de interesses preponderante, no qual a legislação brasileira protege a mulher somente nos casos em que há perigo de vida, ignorando o direito de autonomia da mulher no que se refere aos direitos reprodutivos (PIOVESAN, 2018a).

Na sociedade contemporânea observa-se a construção social de novos valores sociais, sendo que a ordem jurídica brasileira na temática da interrupção voluntária da gravidez não acompanhou o desenvolvimento e aplicação do direito à autonomia reprodutiva da mulher na legislação repressiva (CAVALCANTE & XAVIER, 2006, p. 118).

Diante do direito à autonomia das mulheres, bem como do “reconhecimento da dignidade da pessoa 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” (CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 157).

Leila Barsted (1992), argumenta que a defesa do direito ao aborto, além dos direitos fundamentais, é questão de direito a proteção à saúde da mulher. Nesse sentido,

A partir do argumento do direito à saúde, destacava-se uma preocupação social. As maiores vítimas de sequelas de abortamentos clandestinos são as mulheres pobres. Nesse sentido, a posição contrária à legalização do aborto foi considerada como uma postura conservadora, reacionária, que penalizava exatamente as mulheres das classes populares que não dispõem de recursos para terem acesso às clínicas clandestinas que oferecem um padrão de atendimento seguro (BARSTED, 2002, p. 105).

Por sua vez, os fatores socioeconômicos e culturais influenciam a mulher à tomada de decisão para a realização do abortamento, em razão da proteção jurídica à vida e do julgamento moral do ato, negligenciando a concepção de uma vida digna à gestante e a possibilidade de exercer a maternidade.

Para Barroso (2020, p. 247), “em torno do direito à vida se travam debates de

grande complexidade moral e jurídica, como a pena de morte, o aborto e a eutanásia”, contudo, na interpretação dos direitos fundamentais é necessário analisar os limites máximos e mínimos do bem jurídico tutelado.

Nesta linha, para Dallari (2008), o exercício do direito à saúde, conferido constitucionalmente, depende da criação de políticas públicas visando um ambiente de bem-estar físico, mental e social a ser usufruído pelo indivíduo. Destaca-se à saúde da mulher, no sentido de oportunizar mecanismos de informação e prevenção para o pleno gozo no exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher (DALLARI, 2008).

Conclui-se a efetiva introdução dos direitos reprodutivos na ordem jurídica brasileira, pela perspectiva dos direitos humanos, necessita sobrepor os valores individuais e morais, ante ao direito privado do pleno exercício dos direitos das mulheres perante a sua sexualidade e escolha reprodutiva, com autonomia, liberdade e dignidade.

3. CÓDIGO PENAL E A TIPIIFICAÇÃO DO ABORTO

Este capítulo se destaca pela análise do instituto do aborto pela abordagem jurídico-penal, identificando a classificação utilizada pela doutrina do abortamento,

bem como a delimitação do conceito das espécies de aborto, e ainda, as situações em que o Código Penal permite o abortamento, excluindo a ilicitude do fato.

Para tanto, estrutura-se o presente capítulo em três abordagens. Na primeira abordagem, trata-se da compreensão jurídica do aborto sob a percepção de periclitância do feto e da mulher grávida. No segundo momento, o conceito das hipóteses das condutas típicas do aborto e suas particularidades, bem como as causas da exclusão da antijuridicidade da prática do aborto e seus desdobramentos social e jurídico. E por fim, a terceira abordagem, aponta-se os argumentos para a descriminalização do aborto ante a violação aos direitos das mulheres, considerando a falta de alteração legislativa sobre o tema, e o estudo de casos da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez perante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Concepções jurídicas do aborto

A doutrina penal incrimina a prática do aborto por duas concepções jurídicas, de um lado, têm-se a morte do feto e de outro lado, a periclitância da mulher grávida.

Observa-se que no Código Penal para que um ato seja enquadrado como crime, faz-se necessário a presença dos elementos essenciais como ação típica, antijurídica e culpável, sendo que a culpabilidade é a consequência da pena cominada pela reprovação da conduta praticada pelo agente (BITENCOURT, 2020a).

Com efeito, considera-se a prática do abortamento como uma espécie de homicídio, sendo punida penalmente.

No entanto, não possui solução jurídica adequada a ser adotada diante da controvérsia, pois se trata de uma questão íntima ligada aos valores religiosos e filosóficos sobre a vida do feto ante a autonomia da mulher, em ter a liberdade em suas escolhas e sobre seu corpo.

Por fim, diante de dois bens jurídicos, adotando o princípio da proporcionalidade, cabe a escolha, sem valorização ou sobreposição de direitos, reconhecer a dignidade da mulher, prevalência dos direitos sexuais e reprodutivos, como um direito humano e assegurado constitucionalmente como um direito fundamental.

3.2 Classificação jurídica do abortamento

As interrupções da gestação podem ocorrer de forma natural ou espontânea, de modo acidental por causas patológicas não intencionais, denominado como aborto natural ou espontâneo. Pode ocorrer, ainda, a hipótese de um acidente não intencional ocasionando o aborto de forma acidental; e por fim, de modo provocado pela conduta determinada, lícita ou ilícita, de interromper a gestação, que se chama de aborto provocado criminoso (BITENCOURT, 2020b).

Neste sentido, verifica-se a classificação na doutrina jurídica e médica, das seguintes hipóteses do aborto provocado criminoso: (i) Autoaborto (art. 124, Código Penal, parte inicial); (ii) Consentimento para o aborto (art. 124, Código Penal, parte final); (iii) Aborto sofrido ou não consentido (artigo 125, Código Penal); (iv) Aborto consentido (artigo 126, Código Penal) e (v) Aborto dissensiente ou consentido qualificado pelo resultado (artigo 127, Código Penal) (MIRABETE *et. al.*, 2013).

De modo sucinto, trata-se das hipóteses de tipificação penal do crime de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, nos termos dos arts. 124 a 126 do Código Penal, denominado como aborto voluntário, no qual é penalizado tanto a mulher gestante como o terceiro que auxilia, pois tutela juridicamente o direito à vida do feto, ou seja, a vida humana em formação (MIRABETE *et. al.*, 2013).

Observa-se para a configuração do crime de aborto é a ocorrência da interrupção da gestação, independente, da fase da gestação, nos casos previstos do aborto provocado, têm-se nesses casos a figura da gestante e terceiro como autores e executores do delito.

Contudo, no próprio Código Penal contempla as hipóteses do aborto legal ou permitido, conforme previsto no artigo 128, do Código Penal, que exclui a ilicitude e antijuridicidade do ato, quando nos seguintes circunstâncias, sendo o caso do Aborto terapêutico ou necessário, determinado no inciso I, do artigo 128, CP, diante do perigo real à vida da gestante, “no caso, não é necessário que o perigo seja atual, bastando à certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante” (MIRABETE, *et. al.*, 2013, p. 101), ou, ainda, a possibilidade do aborto humanitário ou ético, previsto no inciso I, do artigo 128, CP, quando a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, nos casos de estupro.

Por sua vez, aborda-se o aborto anencefálico, que se trata da gestação potencialmente perigosa à saúde e de extensões psicológicas da gestante, tanto que

o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, pela possibilidade legal de interromper gravidez de feto anencefálico, descriminalizando a antecipação terapêutica de parto de gestantes de anencefálicos.

Neste sentido, é o entendimento de Bitencourt (2020b, p. 262), sobre o tema:

Apenas, se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será “condenada” a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a — além da perda irreparável — continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida (BITENCOURT, 2020b, p. 262).

Ressalta-se, o ensinamento de Piovesan (2011, p. 500/501), no sentido de que:

[...] O direito ao aborto tem sido uma das principais reivindicações dos movimentos feministas e da luta pelos direitos reprodutivos, que têm tecido contínua crítica à legislação brasileira criminalizadora do aborto. A prática do aborto tem sido adotada para interromper uma gravidez indesejada, sendo que, no caso de a mulher possuir recursos, tal intervenção pode ser feita de modo relativamente seguro, embora clandestinamente (PIOVESAN, 2011, p. 500/501).

Há uma polêmica na descriminalização do aborto, ante o estigma e preconceito contra a mulher que realizada a interrupção da gravidez, mesmo diante das modalidades previstas na legislação, o que impacta diretamente na saúde dessas mulheres, induzindo e impedindo que essas mulheres tenham acesso ao aborto seguro.

Entretanto, pode-se definir o aborto social (ou econômico), decorre da conduta inadequada e socialmente reprovada, pois trata-se da falta de planejamento familiar, esta modalidade de aborto é “realizado para impedir que se agrave a situação de penúria ou miséria da gestante, bem como o *honoris causa*, praticado em decorrência da gravidez *extramatrimonium* (MIRABETE *et. al.*, 2013, p. 104), no qual é penalizado pela legislação penal.

Por fim, entende-se que apesar das mudanças sociais e contemporâneas da sociedade brasileira, o legislativo não acompanhar o desenvolvimento de modo a

conduzir a reforma o Código Penal, para descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez ou inserir novas modalidades de excludente de ilicitude da prática do aborto.

3.1.1 *As espécies de aborto*

Prado (2020), assevera que “do ponto de vista jurídico-penal, o aborto consiste em dar morte ao embrião ou feto humano, seja no claustro materno, seja provocando sua expulsão prematura” (PRADO, 2020, p. 426). Para o supracitado, observa-se que para compreender a definição do aborto, faz-se necessário “um juízo de valor empírico cultural, feito, sobretudo, pelas ciências médicas e biológicas” (PRADO, 2020, p. 427).

Nesse sentido, o aborto de forma natural não é caracterizado como crime, pois ocorre com a interrupção espontânea da gravidez, da mesma forma o acidental, também não é considerado crime, por outras origens, como traumatismos, quedas etc. (MORAIS, 2008, p. 50).

Neste contexto, passaremos analisar a conduta tipificada como delito de aborto, pode ser classifica conforme as espécies: autoaborto e aborto consentido (art. 124, CP); aborto provocado por terceiro (art. 125 e 126, CP); aborto qualificado pelo resultado (art. 127); aborto necessário (art. 128, CP); aborto sentimental (art. 128, II, CP); aborto eugenésico e aborto econômico (PRADO, 2020, p. 432).

De acordo com Bitencourt (2020b, p. 433), o autoaborto tipificado na primeira parte do art. 124, do Código Penal eo aborto consentido tipificado na segunda parte do artigo 124, do Código Penal, a primeira há provocação da própria gestante ocorrendo o abortamento, e a segunda quando consente que alguém provoque o aborto em si.

Por sua vez, o aborto provocado por terceiro, têm-se duas espécies, sendo o aborto sem o consentimento da gestante, tipificado no artigo 125, do Código Penal, e a espécie do abordo com o consentimento da gestante, tipificado no artigo 126, do Código Penal (PRADO, 2020, p. 433).

Conforme Prado (2020, p. 434), “as causas de aumento de penas previstas no artigo 127 são aplicáveis apenas aos delitos previstos nos artigos 125 e 126 do Código Penal”. Nota-se que, conforme o resultado da prática abortiva estabelece majorantes e minorantes a serem aplicadas na fase do cálculo da pena, assim, ensina Bitencourt (2020b, p. 259), que “é indispensável que o evento morte ou lesão grave

decorra, pelo menos, de culpa (art. 19 do CP)” para aplicação do instituto do artigo 127, do Código Penal.

Entretanto, o Código Penal prevê as excludentes especiais da ilicitude do aborto, determinadas no art. 128, como assevera Prado (2020):

Em síntese, parte-se de um esquema de regra-exceção: a regra é a punição do aborto; a exceção, permitir o aborto em determinadas hipóteses expressamente previstas (indicações), além das eximentes comuns de responsabilidade disciplinadas pelo Código Penal (PRADO, 2020, p. 434).

Desse modo, “o aborto necessário também é conhecido como terapêutico e constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante” (BITENCOURT, 2020b, p. 260).

Bitencourt (2020b, p. 260), aduz que nos casos em que “a gravidez é consequência do crime de estupro” é permitida a realização do aborto humanitário ou sentimental, contudo, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: “a) gravidez resultante de estupro; b) prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal. A prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal” (Bitencourt, 2020b, p. 261).

Com efeito, existe a faculdade de a gestante realizar o aborto eugenésico conforme precedente do STF, ocorre “quando há risco fundado de que o embrião ou o feto sejam portadores de graves anomalias genéticas de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gravidez” (PRADO, 2020, p. 437).

Desse modo, o aborto anencefálico trata-se da gestação potencialmente perigosa à saúde e de extensões psicológicas para a gestante, tanto que o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, pela possibilidade legal de interromper gravidez de feto anencefálico, descriminalizando a antecipação terapêutica de parto de gestantes de anencefálicos (BRASIL, 2012).

Neste sentido, é o entendimento de Bitencourt (2020b, p. 262), sobre o tema:

Apenas, se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será “condenada” a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a — além da perda irreparável — continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao

invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida (BITENCOURT, 2020b, p. 262).

E por fim, o aborto econômico não está previsto na legislação brasileira, considerando a insegurança jurídica, já que é muito difícil a aferição das condições da gestante (PRADO, 2020).

Assim, Mirabete (*et. al.*, 2013), define o aborto social (ou econômico) como uma conduta inadequada e socialmente reprovada, pois trata-se da falta de planejamento familiar, esta modalidade de aborto é “realizado para impedir que se agrave a situação de penúria ou miséria da gestante, bem como o *honoris causa*, praticado em decorrência da gravidez *extramatrimonium* (MIRABETE *et. al.*, 2013, p. 104).

Conclui-se que a legislação brasileira regulamenta a interrupção da gravidez nas hipóteses específicas.

3.2 Descriminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro

A legislação brasileira é restritiva, no que se refere o abortamento de forma geral, salvo exceções de excludente de ilicitude, previstas no Código Penal, sendo o caso de risco de vida da gestante (aborto necessário), o de gravidez resultante de crime sexual (aborto sentimental) e a hipótese legitimada por decisão da Supremo Tribunal Federal (aborto de feto anencéfalo) (PRADO, 2020).

Desse modo, os debates sobre a interrupção voluntária da gravidez e sua descriminalização/legalização do aborto, está atrelada a questões religiosas, moral, psicológicas e sociocultural que influênciam na mudança da legislação na ordem jurídica (GONÇALVES, 2013).

Gonçalves (2013), assevera que:

Não é de hoje que grupos religiosos e conservadores buscam a posituação do direito à vida desde a concepção em bases constitucionais e em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, como forma de se evitar a legalização do aborto, **restringindo incisivamente a liberdade e autonomia reprodutiva das mulheres – o que é, conforme denunciado amplamente pelo movimento feminista, uma forma de controle da sexualidade feminina** (GONÇALVES, 2013, p. 119).(Grifou-se)

Nessa linha, passaremos analisar os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, apresentando-se que a criminalização do aborto viola

diversos direitos fundamentais da mulher.

3.2.1 A interrupção voluntária da gravidez e precedente do Supremo Tribunal Federal

A interrupção da gravidez não é legalizada na legislação brasileira, em razão dos aspectos social, cultural e religioso da sociedade.

Há uma polêmica na descriminalização do aborto, ante o estigma e preconceito contra a mulher que realizou a interrupção da gravidez, mesmo diante das modalidades previstas na legislação, o que impacta diretamente na saúde dessas mulheres, induzindo e impedindo que essas mulheres tenham acesso ao aborto seguro.

Na atual sociedade brasileira, considerando o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, aos direitos das mulheres, encontra-se diante do impasse, moral e ético, quanto à necessidade da alteração da legislação penal em permitir a interrupção voluntária de uma gravidez não planejada ou/e de risco, e suas consequências penais de sua prática.

Nessa linha interpretativa, Bitencourt (2020, p. 424), analisa que a tipicidade penal da conduta no aborto consentido (art. 126), tem-se o consentimento da gestante, enquadrando no tipo penal, contudo, afrontando a vontade individual da mulher, ora ofendida, em não exercer o direito de reprodução, por entender ser um direito disponível da mulher.

Neste ponto, como já pontuado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a descriminalização do aborto, quando realizado em até o terceiro mês de gestação, quando para resguarda a vida da gestante; ou em razão de estupro e nos casos de feto anencefálico (BRASIL, 2017).

Contudo, observa-se que na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), apresenta de forma ampla o pedido de descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, questionando a inconstitucionalidade do artigo 124 e 126, do Código Penal, ante a interrupção voluntária da gravidez no âmbito da incidência dos direitos fundamentais (direitos sexuais e reprodutivos) da mulher, frente ao Estado em obrigar a manutenção de gestação indesejada, ignorando a autonomia da mulher (NUNES, 2020).

Neste contexto, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal, em outras

decisões sobre a matéria, apresentou posicionamento favorável à prevalência dos princípios constitucionais, em destaque a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos, no qual possa a mulher exercer a possibilidade de escolher ou não sobre a interrupção da gravidez (NUNES, 2020).

Por sua vez, as teses argumentativas da ADPF 442 sustentam-se no pedido de desconsideração de partes dos artigos 124 e 126 do Código Penal, no sentido de descriminalizar a interrupção da gestação até a décima segunda semana, pois trata-se de um direito constitucional da mulher, no qual encontra-se em andamento o processo junto ao STF (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, destaca-se a manifestação do *amicus curiae*, apresentando pelo Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no sentido de que:

O primeiro desenvolve a ideia de que realizar o aborto, interromper uma gravidez, é um direito constitucional, decorrente do direito à autonomia, de decidir livremente sobre os rumos de sua própria vida, donde se desdobram os direitos à privacidade e à liberdade. No âmbito dos direitos sexuais e reprodutivos, a decisão de não ter filhos envolve a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez, como forma de preservar a vida, a integridade e saúde psíquica e física. Sendo um direito fundamental, garantido pela Constituição e tratados internacionais de direitos humanos, há o dever correspondente do poder público em oferecer as condições adequadas a sua realização, no âmbito da integralidade do direito à saúde, também constitucional (BRASIL, 2021).

Portanto, a descriminalização do aborto tem proteção constitucional aos direitos das mulheres no Brasil, para garantir o exercício do direito à autonomia, à privacidade e à liberdade. Nota-se que a criminalização do aborto significa risco à integridade e à vida, especialmente as mulheres negras, jovens e pobres, em situação de maior vulnerabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se com o estudo deste trabalho, o objetivo de analisar a possibilidade de flexibilização e/ou a descriminalização do aborto voluntário tipificada como crime contra a vida, previsto nos arts. 124 e 126 do Código Penal, como pena de detenção de um a três anos a ser fixada.

Observou-se o conflito de direitos, sob a perspectiva constitucional do bem jurídico da dignidade da pessoa, a autonomia da mulher, a defesa dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, diante da violação dos direitos e garantias fundamentais.

Salienta-se que, a necessidade de transformação da legislação penal brasileira, pois constatou-se que a descriminalização do aborto voluntário viola os direitos humanos das mulheres. Para tanto, verificou-se o aumento de demandas referente a descriminalização do aborto ao Judiciário, baseada na liberdade e autonomia da mulher em exercer os direitos sexuais e reprodutivos, como direitos fundamentais da mulher ante a falta de manifestação legislativa.

Notou-se que a manutenção da tipificação do crime de aborto voluntário e consentido em nosso ordenamento jurídico, afronta os direitos das mulheres, em

especial, as mulheres vulneráveis do Brasil, considerando que a iniciativa de alteração legislativa não é um tema de prioridade do Congresso Nacional, sendo necessário as mulheres individualmente ou instituições recorrer a análise constitucional do dispositivo penal.

Compreendeu-se que a manutenção da criminalização do abortamento no ordenamento jurídico, advém de questões religiosas e cultural, acentuando o debate do conflito dos institutos assegurados e protegidos pela Constituição Federal, de um lado os direitos fundamentais da mulher, e de outro lado a tutela da vida do nascituro na fase intrauterina, por fim, violando os direitos individuais da mulher.

Verificou-se que a liberdade e o direito de decidir sobre ser ou não mãe, está vinculado à concepção social, cultural e religiosa que envolve a questão, ignorando a legislação brasileira o direito humanos e fundamentais da mulher em realizar o aborto voluntário, violando os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres.

Conclui-se que, diante da pendência de julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade, existe a possibilidade do debate ser favorável aos direitos das mulheres, pois no ordenamento jurídico brasileiro reconheceu a questão do aborto voluntário como uma questão de saúde pública, sendo necessário a revisão da legislação penal.

Por fim, considerando-se a atual realidade da mulher na sociedade contemporânea, verificou-se a necessidade de uma legislação fundamentada em garantir os direitos fundamentais e respeitando os direitos reprodutivos das mulheres, consagrados constitucionalmente e por compromissos internacionais, não sendo limitado as intervenções religiosas à liberdade individual da mulher.

REFERÊNCIAS

BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. **Feminismos Subalternos**. Revista Estudos Feministas. Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 1035-1054, set./dez., 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/42560/35157>>. DOI: <<https://doi.org/10.1590/%25x>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e Descriminalização Do Aborto No Brasil: 10 Anos de Luta Feminista. **Estudos Feministas**, Instituto de Estudos de Gênero da Universidade Federal de Santa Catarina, n. 104, p. 104–30, 1992. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15804>>. Acesso em: 30 out. 2021.

BARSTED, Leila Linhares. **Breve Panorama Dos Direitos Sexuais E Reprodutivos No Brasil**. In As mulheres e os direitos civis, Coletânea traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero, Rio de Janeiro: Cepia, 1999. Disponível em: <<http://cepia.org.br/wp-content/uploads/2017/11/V.3-Os-Direitos-Civis-das-mulheres-1999.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1**. 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020a. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617029/cfi/2!/4/4@0.00:36.3>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte especial, volume 2**. 26º ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020b. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616985/cfi/3!/4/4@0.00:3.32>. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 maio. 2021.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso: 15 maio. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54** - Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde(CNTS). Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 11 de abril de 2012. Diário da Justiça, Brasília-DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus n. 124306 – Rio de**

Janeiro (9998493-51.2014.1.00.0000). Pacientes: Rosemere Aparecida Ferreira e outros. Impetrante: Jair Leite Pereira (12819/RJ). Coator: Superior Tribunal De Justiça. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016. Diário da Justiça, Brasília-DF, 17 de março de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>.

Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442** - Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 09 de novembro de 2021. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BUGLIONE, Samantha. O Aborto Voluntário e seu eterno Desconforto: Um debate sobre o alcance das Democracias Laicas. *In*: FERRAZ, Carolina Valença (coord.) [et al.]. **Manual dos direitos da mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184-204.

CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce(organizadoras). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

CROCE, Denton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, S. G. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 9-34, 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>>. Acesso em: 20 out. 2021.

FERRAZ, Carolina Valença coord. [et al.]. **Manual dos direitos da mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Sequência 44**. Revista de Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 23 n. 44, jan., 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. DOI: <https://doi.org/10.5007/%25x>>

HOLANDA, Ana Carolina Pessoa; XEREZ, Rafael Marcílio. “**O Conto da Aia e o aborto no Brasil**: a ausência de liberdade da mulher sobre o próprio corpo”. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 29, n. 1, e61052, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1806-9584-2021v29n161052>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil - volume 6: sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. **O aborto no direito penal brasileiro: características e algumas implicações da descriminalização**. Revista Científica Semana Acadêmica, Fortaleza, v. 1, n. 6, p. 1-8, 2011. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/o_aborto_no_direito_penal_br_asileiro_caracteristicas_e_alguas_implicacoes_da_descriminalizacao.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MAIA, Mônica Bara. **Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582179635/cfi/6!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MELLO, MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS. **Óptica Constitucional. A Igualdade e as Ações Afirmativas**. Revista da EMERJ, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v.5, n. 18, p. 13-22, 2002. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_13.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. **Série IDP Criminologia Feminista Novos Paradigmas**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547221706/>>. Acesso em: 10 out. 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; MIRABETE, Renato N. **Manual de direito penal**. 2ª Parte especial. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher. Saúde da Mulher, **Senatus**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6#:~:text=O%20aborto%20pode%20ser%20natural,%2C%20como%20traumatismos%2C%20quedas%20etc>. Acesso em: 30 out. 2021.

NUNES, Amanda Luize. Uso De Evidências No Debate Constitucional Sobre Aborto: O Conceito De Direito À Vida Nos Amici Curiae Da Adpf 442: *The Concept Of Right To Life In Amici Curiae Of Adpf 442*. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 1, n. 18, p. 46-83, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/30783>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Texto integral do Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo, Egito, 5 a 13 set. 1994, p. 43. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018a. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.

PRADO, Luiz Regis; MAÍLLO, Afonso Serrano. **Criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & realidade, v. 20, n. 2, jul./dez., p. 71-99, 1995.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3. ed. São Paulo: UNFPA. 2004.