

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE LINGUAGEM, CIÊNCIAS AGRÁRIAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

EMILLYANE CRISTINE SILVA ADORNO

CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: uma análise da seletividade criminal

PONTES E LACERDA
2020

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE LINGUAGEM, CIÊNCIAS AGRÁRIAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

EMILLYANE CRISTINE SILVA ADORNO

CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: uma análise da seletividade criminal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT – *Campus* Universitário de Pontes e Lacerda, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ma. Elzira dos Santos Matos
Coorientador: Prof. Me. Fernando Vechi

PONTES E LACERDA
2020

CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: uma análise da seletividade criminal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Departamento de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT, *Campus* Universitário de Pontes e Lacerda, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado(a) em ____ de _____ de 2020. Nota: _____

Emillyane Cristine Silva Adorno
Acadêmica do Curso de Direito

Profª. Ma. Elzira dos Santos Matos (UNEMAT)
Orientadora

Profª. Julia Pupin de Castro
Avaliadora

Profª. Ma. Silviane Ramos Lopes da Silva (SEDUC/MT)
Avaliadora

Dedico todo esforço deste trabalho as minhas mães:

Basília e Denis Maria

RESUMO

Este projeto de pesquisa tem como escopo identificar a seletividade penal/criminal quanto crime de aborto no Brasil e quem são as mulheres mais suscetíveis aos impactos do aborto. Por meio de análise indireta de dados, foi selecionada bibliografia na busca de dados estatísticos, sociais e de direito acerca do aborto voluntário. Primeiro, procurou-se compreender os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, fazendo um apanhado histórico sobre tais direitos, entendendo como foram tratados no passado brasileiro. Na análise da legislação criminal brasileira a respeito ao crime de aborto, foram encontradas a inconstitucionalidade pela violação de normas constitucionais como a igualdade, liberdade de crença e pensamento, a dignidade das mulheres e sua autonomia, a saúde das mulheres e a interferência desproporcional na vida privada dos indivíduos, comparando, ademais, o posicionamento de outros países e Tribunais Constitucionais. Depois, buscou-se verificar, por meio de análise direta de dados, com o fim de verificar quem são as mulheres que sofrem mais impactos pela criminalização do aborto no país, considerando fatores sociais, como raça/cor, nível de escolaridade e econômico, compreendendo diferenças e a seletividade criminal a certas mulheres. Por fim, pretende o presente estudo contribuir para efetivação dos Direitos Humanos através da descriminalização do aborto.

Palavras-chave: Aborto; Direitos Humanos; Seletividade Criminal.

ABSTRACT

This research project aims to identify the criminal / criminal selectivity regarding abortion crime in Brazil and who are the women most susceptible to the impacts of abortion. Through indirect data analysis, bibliography was selected in the search for statistical, social and legal data about voluntary abortion. First, we sought to understand women's sexual and reproductive rights, making a historical overview of these rights, understanding how they were treated in the Brazilian past. In the analysis of the Brazilian criminal legislation regarding the crime of abortion, unconstitutionality was found due to the violation of constitutional norms such as equality, freedom of belief and thought, the dignity of women and their autonomy, the health of women and disproportionate interference in life individuals, comparing, in addition, the position of other countries and Constitutional Courts. Then, we sought to verify, through direct data analysis, in order to verify who are the women who suffer the most impacts due to the criminalization of abortion in the country, considering social factors, such as race / color, education and economic level, understanding differences and criminal selectivity for certain women. Finally, the present study intends to contribute to the realization of Human Rights through the decriminalization of abortion.

Keywords: Abortion; Human rights; Criminal selectivity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: APONTAMENTOS SOBRE SEU TRATAMENTO NA HISTÓRIA.....	08
3	LEGISLAÇÃO CRIMINAL E ABORTO: APONTAMENTOS SOBRE INCONSTITUCIONALIDADES.....	11
3.1	POSICIONAMENTOS DE TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DE OUTROS PAÍSES.....	15
4	SELETIVIDADE CRIMINAL E O PERFIL DAS MULHERES MAIS IMPACTADAS PELA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO.....	22
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	27
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	27

1. INTRODUÇÃO

A importância e delicadeza do tema descriminalização do aborto no Brasil não se situa no repetido dilema moral da proteção à vida de um embrião/feto, tão caro aos discursos de cunho religioso, mas sim em desigualdade de gênero e de garantia de direitos humanos inerentes às mulheres, como o acesso ao atendimento médico adequado, plena liberdade reprodutiva, o direito à vida e outros fundamentais diretamente atrelados.

No ano de 2016, a Pesquisa Nacional de Aborto de 2016 (PNA 2016) demonstrou que o aborto é comum e persiste entre as mulheres brasileiras, independentemente de classe, raça, nível educacional e religião. Mais, mostrou que, embora haja proibição legal, uma em cada cinco mulheres com 40 anos já realizou aborto (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 655). Com efeito, devido à restrição aos métodos abortivos seguros, tais procedimentos são realizados em condições de risco e o resultado é uma das maiores causas de mortalidade materna e violência institucional contra as mulheres nos serviços de saúde (NOGUEIRA; NASCIMENTO, 2017, p. 166).

Por outro lado, face a criminalização, os dados oficiais sobre os números de mortes por abortamento inseguro no Brasil são inexistentes, o que dificulta mensurar o tamanho real da mortalidade por essa causa específica. Entretanto, a relevância pública se dá quando o Sistema Único de Saúde registra aproximadamente 200 mil internações/ano por

procedimentos relacionados ao aborto entre os anos 2008 e 2015, dentre eles a “curetagem pós-abortamento/puerperal” e o “esvaziamento de útero pós-aborto por aspiração manual intrauterina”¹.

À vista disso, o presente trabalho tem por objetivo geral identificar seletividade penal/criminal quanto crime de aborto no Brasil. Como objetivos específicos, pretende *i)* analisar a legislação criminal brasileira a respeito ao crime de aborto e *ii)* identificar quais são as mulheres impactadas pela criminalização do aborto e seletividade, quem são as mulheres mais impactadas pelo aborto.

Para isso, foi selecionada bibliografia na busca de dados estatístico, social e de direito para o desenvolvimento do estudo. Assim, também foi importante dividi-lo em três partes. A primeira, por meio de análise direta de dados, teve como finalidade conceituar os direitos sexuais e reprodutivos com base nas legislações atuais sobre Direitos Humanos. A segunda, por meio de análise indireta de dados, procurou pontuar relevantes efeitos da criminalização do aborto. Depois, na terceira parte, tratou-se de analisar qual o perfil das mulheres mais suscetíveis aos danos/impactos pelo crime de aborto e entender a relação com a desigualdade social e seletividade criminal.

2. OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: APONTAMENTOS SOBRE SEU TRATAMENTO NA HISTÓRIA

O surgimento do direito internacional de direitos humanos e o sistema global de proteção aos direitos humanos se deu por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, e vem se expandindo a áreas que abranjam a preservação da dignidade humana, considerando-se as especificidades dos indivíduos e grupos, como gênero, raça, etnia etc (MATTAR, 2008, p. 62/63). Nesse processo surgem regulamentações internacionais sobre os direitos humanos das mulheres, dentre eles, a saúde sexual reprodutiva, pautada na possibilidade de autodeterminação reprodutiva (MATTAR, 2008, p. 64).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres - CEDAW, celebrada em 1979, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 4.377/2002 e visa a proteção dos direitos humanos das mulheres. A

1 CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. **Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais?** Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 36, supl. 1, e00188718, 2020, Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001305001&lng=en&nrm=iso. access on 27 May 2020. Epub Feb 21, 2020. <https://doi.org/10.1590/01002-311x00188718>.

fim de monitorar a implementação das medidas previstas na convenção foram criados comitês. Na Recomendação nº 35, do Comitê da CEDAW, são tidos como violação da saúde e aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: a esterilização forçada, aborto forçado, gravidez forçada, criminalização do aborto, negação ou atraso do aborto seguro e de cuidados pós-aborto, continuação forçada da gravidez, abuso e maus-tratos de mulheres e meninas que procuram informações, produtos e serviços relacionados à saúde sexual e reprodutiva, podendo, em determinadas circunstâncias, ser equiparadas a tortura ou a tratamento cruel, desumano ou degradante (CNJ, 2019, p. 21).

Na contramão disso, ao voltarmos para o Brasil, nota-se que o entrave é que a criminalização do aborto voluntário suspende a garantia de direitos às mulheres. Segundo Samantha Buglione (2013, p. 201), a criminalização do aborto voluntário traz efeitos que violam pressupostos normativos de hierarquia, de supremacia e interpretação sistemática do Direito, apontando que é inconstitucional porque: viola a norma constitucional da igualdade, discriminando mulheres; viola a norma constitucional liberdade de crença e pensamento; viola a dignidade das mulheres e sua autonomia; põe em risco a saúde delas; interfere de demasiada e arbitrária forma e proporção na vida privada dos indivíduos.

Os direitos sexuais e reprodutivos relacionam-se, assim, ao direito das mulheres poderem controlar e decidir livre e responsavelmente sobre o número, espaçamento e oportunidade de ter sua prole, assim como a de ter informação de meios seguros para fazer o aborto (acesso ao atendimento médico) e a não ser discriminada ou penalizada por isso.

Assim, compreendendo que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, assim como o direito de ser tratada de acordo com direito a igualdade, dignidade, liberdade de pensamento e crença e sua autonomia, todos consolidados na Constituição Federal, é que se faz legítimos os objetivos deste estudo. Logo, pretende o presente estudo contribuir para efetivação dos Direitos Humanos, principalmente naquilo que toca aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil.

Historicamente às mulheres foi reservada a esfera privada/natural em oposição à pública/civil em que os direitos políticos são exercidos (PATEMAN, 1993, p. 28), concentrando, por muito tempo, o poder de decisão, inclusive sobre os corpos femininos, aos homens, resultando na latente assimetria entre homens e mulheres na sociedade.

No Brasil, o Estado brasileiro colonial, o qual se alinhava com o pensamento da Igreja, reduzia mulheres ao papel de reprodutoras e caso transgredissem a essa lógica religiosa (moral), ou seja, se praticassem aborto voluntário, teriam que lidar com o estigma,

colaborando para a formação de uma cultura discriminatória que possui reflexo nas leis dos dias atuais. Nas palavras de Mary Lucy Murray Del Priore (1994):

A Igreja perseguia o aborto porque ele impedia o incremento de almas cristãs no céu, mas também porque era denotativo de ligações extraconjugais, enquanto a medicina passava a responsabilizar a mulher diretamente pelo aborto, e em última instância, pela existência de suas femininas paixões, o metabolismo venal e perigoso que as afastava da vida familiar. Apenas no casamento a mulher estaria a salvo de tantos preconceitos, fugindo às consequências do sistema binário católico cristão, dentro do qual concepção e aborto se opunham. Ao resistir ao aborto as mulheres reforçariam uma demografia pródiga em filhos, colocando seus corpos a serviço das demandas do Estado e da Igreja, numa função reprodutiva que ainda perdura.

Observa-se que a decisão sobre os corpos femininos ficou positivada nas leis e na política do Estado brasileiro na sua origem. Segundo Mary Lucy Murray Del Priore (1994), o Brasil colonial incentivava uma política de ocupação que baseava-se em três linhas: a) empenho em combater relacionamentos extraconjugais, isto é, relacionamentos fora do alcance do controle do Estado e da Igreja; b) proibição da instalação de conventos de freiras, sob a justificativa de que era preciso povoar o território brasileiro de cidadãos de bem; c) imposição do casamento para controlar a população colonial e condenar outra forma controle (como a interrupção voluntária da gravidez). Isso pode explicar a base sexista que o Brasil se construiu, inviabilizando até o momento a garantia real dos direitos reprodutivos e sexuais às mulheres em face da criminalização do aborto pelo Código Penal.

Nessa linha, relações desiguais de gênero, concomitantemente ao racismo e sistema capitalista, atuam como marcadores da violência de gênero, discriminação contra a mulher e violação dos direitos humanos das mulheres (SEVERI, 2013, p. 29/38), o que pode ser observado na proibição do aborto voluntário. As relações de poder decorrentes de tais assimetrias repercutem diretamente sobre os corpos, que estão inseridos “num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, marcam, o dirigem, o suplicam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais” (FOUCAULT, 2010, p. 29).

Os motivos pelo qual as mulheres não tem seus direitos sexuais e reprodutivos garantidos totalmente estão, dentre outros, relacionados diretamente com a discriminação em razão do gênero, ou seja, as mulheres não estão em igualdade de condições para exercê-los, principalmente porque o próprio estado o viola, o reprime, e não busca maneiras de garanti-los efetivamente. Castillo (2015) destaca que a igualdade formal é o início para seu alcance,

a principal solução para que se alcance a igualdade de gênero é jurídica. As legislações nacionais devem cuidar para que os direitos acordados na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres sejam

inseridos em todos os âmbitos, seja social, político ou de trabalho. Este é o caminho inicial para se destruam os estereótipos negativos. Com a lei será possível dar início ao processo de eliminação da violência contra mulheres: pobreza, falta de informação, precariedade de atendimento de saúde, alienação de mulheres dos cargos de poder e dos meios de comunicação (CASTILLO, 2015, p. 369).

Além disso, a falta de participação masculina no processo de igualdade de gênero. Do mesmo modo, é insuficiente a vontade política por parte dos Estados, que, em geral, e no caso do Brasil não é diferente, são governados por homens (Castillo, 2015). A falta de reconhecimento da pouca oportunidade/aceso a participação nos postos de tomada de decisões contribuem para perpetuação das mulheres em situação inferior.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 apresentou diversas disposições que vedam expressamente a discriminação entre homens e mulheres, atendendo à igualdade formal, assim como trouxe previsão de medidas diferenciadas que visam a diminuição da desigualdade existente, construída em razão de gênero, desejando o alcance da igualdade material. Logo, a preocupação do constituinte com o problema em tela pode ser observada nos arts. 3º, inciso IV, 5º, inciso I, 7º, incisos XVIII, XX e XXX, art. 40, inciso III, alíneas *a* e *b* 226, parágrafo 5º. Além disso, é importante frisar que essa igualdade no que concerne ao tratamento do estado para o indivíduo não pode ser apenas entre gênero, mas também raça e classe.

Desse modo, é em razão disso que, de acordo com a autora Laura Davis Mattar (2013), o papel do Direito, na atualidade, como regulamentador das relações humanas, deve ser encarado como meio de mudança social, garantindo a não discriminação das mulheres e promovendo a igualdade real de gênero em todas as suas ramificações, mas principalmente no âmbito criminal no que toca a proibição do aborto, objeto do presente estudo. Isso porque o Estado ao não atuar como mecanismo de mudança na garantia de tais direitos, omite-se e atua em favor da manutenção desse pensamento patriarcal, o que pode-se também denominar de violência institucional. Com isso, é possível explicar assertivamente os motivos do movimentos feministas, nas últimas décadas, buscarem o reconhecimento e exercícios de seus direitos humanos, bem como os direitos sexuais e reprodutivos, com respaldo dos princípios constitucionais, frise-se da não discriminação em razão de identidade de gênero, da igualdade e dignidade humana.

3. LEGISLAÇÃO CRIMINAL E ABORTO: APONTAMENTOS SOBRE INCONSTITUCIONALIDADES

Para começar a investigar a legislação criminal sobre o aborto voluntário no Brasil, faz-se necessário falar sobre o tratamento jurídico dado ao aborto voluntário. Esse se encontra previsto como crime pelo Código Penal brasileiro e que possui duas hipóteses excepcionais: a) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I); b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, se for incapaz, de seu representante legal (art. 128, II); c) nos casos em que o feto seja anencéfalo². Segundo Luciana Boiteux (2017), a criminalização do aborto é uma política de controle social das mulheres, com a finalidade de privá-las do controle e autonomia sobre seu próprio corpo.

O Código Penal brasileiro, decretado em 1940, antes da Constituição Cidadã promulgada em 1988, dispõe pena de detenção com mínimo de um ano e máximo de quatro anos para o aborto provocado pela gestante e pena de reclusão de três a dez anos para o aborto feito por terceiro (arts. 124 e 126). Todavia, a manutenção dessas disposições tem se mostrado ineficaz tanto no que se refere a prevenção do crime quanto na proteção justa e efetiva de bens jurídicos, como a saúde e a vida, pelos crimes citados. Isso porque, apesar da proibição, estima-se que anualmente cerca de 503 mil mulheres realizam abortos no país e que, em decorrência das condições inseguras e ausência de atendimento médico, metade (48%) dessas mulheres precisará de internação hospitalar para terminar o procedimento (DINIZ, MEDEIROS; MADEIRO; 2017, p. 656).

Com relação a tais artigos do livro penal, Carmen Hein de Campos (2017) indica que há uma violência institucional e sexista movida pelo Estado em face das mulheres. Isso porque, segundo a autora, as instituições penais, como no caso da pauta aborto, tendem a reforçar a posição subordinada das mulheres na sociedade, as quais são também vítimas das iniciativas da lei penal, da política criminal e da teoria criminológica.

Aspecto a ser observado e frisado é que a criminalização não impede que milhares de mulheres driblem a lei e realizem abortos inseguros, seja com o uso de medicamentos, seja buscando clínicas clandestinas. Pelo contrário, o proibicionismo da lei criminal gera dor, sofrimento, medo e até morte de muitas mulheres, além de reforçar estigmas, tornando o exercício do direito de decidir sobre suas vidas um ato abominável (COSTA, 2013).

De acordo com a pesquisadora Alexandra Lopes da Costa (2013), não se trata de fazer apologia ao aborto, nem de defendê-lo como método contraceptivo tampouco de resumi-lo a necessidade a liberdade das mulheres sobre seu corpo. Todavia, sob a ótica dos

2 Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, em 2012.

direitos sexuais e reprodutivos, a decisão sobre o aborto implica tanto parâmetros éticos quanto mecanismos que possibilitem o exercício emancipatório dos indivíduos, no âmbito sexual, e da capacidade reprodutiva com plena autonomia e dignidade. Assim, o que se demanda é um tratamento jurídico que não trate o direito do feto à vida como se absoluto fosse. Faz-se necessário lembrar que o ordenamento jurídico de muitas democracias contemporâneas permite a interrupção voluntária da gravidez sem deixar de garantir a defesa da vida, inclusive da vida intrauterina e por mais que possam as divisões provocadas pela diversidade de pensamento, crenças e pensamento ideológicos, por trás há sempre um viés humanitário, que dá valor a vida humana (COSTA, 2013).

A Constituição Federal defende a liberdade de religião e de consciência, contudo, não se deve esquecer que o Estado é laico. Com isso, o país não pode legislar nem construir políticas irrestritas com base em crenças morais ou religiosas (art. 19, inciso I, da Constituição Federal). É preciso considerar ainda que o direito à vida não seja um valor absoluto, como mostram os sistemas legais que avalizam a imputabilidade do homicídio em legítima defesa. No plano jurídico e político, foi estabelecido um consenso internacional no que diz respeito aos dilemas entre a proteção da vida embrionária e o direito a interromper a gravidez (VENTURA, 2006). Nessa equação, o nível de proteção do feto aumenta conforme seu estágio de desenvolvimento e suas possibilidades de sobrevivência fora do útero.

O que não se admite é que a proteção ao nascituro fira de forma desproporcional os direitos fundamentais das mulheres, ou seja, as legislações e decisões buscam um ponto de equilíbrio entre direitos da mulher gestante e os interesses do Estado na proteção dos nascituros (VENTURA, 2006, p. 186).

O ordenamento jurídico brasileiro, assim como os demais que serão vistos no próximo tópico, protege a vida humana intrauterina. Para além da garantia do direito à vida, enquanto direito fundamental, a Constituição Federal defende igual a própria vida humana, enquanto simples mas constitucionalmente protegido, o que alcança a vida intrauterina, ainda que não investida em pessoa. Contudo, esse regime de proteção da vida humana, constitucionalmente defendido, não é o mesmo que o direito à vida como direito fundamental das pessoas, no qual ocorre a proteção à vida do nascituro que não é uniforme durante toda gestação e tem intensidade menor quando comparado a vida de alguém já nascido, uma vez que a tutela vai aumentando progressivamente à medida que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extra-uterina (RAMPAZZO, 2017).

De acordo com Adriane Rampazzo (2017), reconhecer que a proteção à vida do nascituro não é equivalente a que é proporcionada após o nascimento é necessário, já que isso está presente no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser observado na comparação da

pena atribuída à gestante pela prática do aborto, que vai de 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código penal) com a pena prevista para o crime de homicídio simples, que vai de 6 a 20 anos de reclusão (art. 121 do Código Penal). Com isso, é perfeitamente possível retirar o valor de que a vida após o nascimento possui mais peso que a não nascida. Mais, isso também pode ser observado nas ocasiões onde ocorre o aborto involuntário, isso porque mesmo para aqueles que não aprovam descriminalização do aborto, por mais que seja um evento doloroso, para a maioria das famílias isso não representa dor comparável a perda de um filho já nascido (RAMPAZZO, 2017). Cientificamente, nos dias atuais, não há dúvidas que paire sobre a impossibilidade de que o feto tenha capacidade mínima para sentir dor ou ter pensamentos, pelo menos até a formação do córtex cerebral, apenas a partir da 23ª semana poderá haver um ser autônomo viável (RAMPAZZO, 2017).

Desse modo, é possível dizer que o nascituro merece sim proteção do ordenamento jurídico e da Constituição, mas não com a mesma intensidade/medida de proteção que a uma pessoa. Isso porque o feto é pessoa em potencial, mas não é pessoa ainda, da mesma maneira que uma semente pode ser qualificada como árvore em potencial, mas nunca como árvore³. Portanto, já que a proteção constitucional brasileira dentro do útero é menos intensa que a assegurada à vida das pessoas nascidas, pode-se ponderar os direitos fundamentais e os interesses da Constituição como a saúde, dignidade, liberdade das mulheres, direitos ao planejamento familiar, de fato.

Nesse sentido, a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que quando do início da gravidez, levando em consideração os estágios de desenvolvimento do feto, com especial relevância pois seria o estágio definidor do tratamento jurídico para o aborto. Ademais, não se pode esquecer que o estabelecimento de um prazo para realização do aborto tem a finalidade de proteger aquilo que ainda vai nascer, que ainda será pessoa e a medida que for se desenvolvendo, maior fica sua expectativa de vida com consequente maior proteção não só do feto, mas também da gestante que corre mais riscos de saúde se a interrupção demorar para acontecer (RAMPAZZO, 2017).

Assim como estudos já citados, muitos outros realizados no campo do Direito têm apontado a questão de que as disposições que proíbem o aborto por vontade da gestante violam a Constituição/88. Nessa linha, Mônica de Melo (2018, p. 141) defende que o Poder

3 Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmen Lúcia Antunes considerou que “há que se distinguir, ser humano de pessoa humana (...) o embrião é, parece-me inegável, ser humano, ser vivo, obviamente (...) não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”. Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **O Direito à Vida Digna**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 22.

Judiciário através do Supremo Tribunal Federal pode descriminalizar o aborto voluntário via controle de constitucionalidade, principalmente considerando na interpretação o princípio da proporcionalidade. A propósito, isso foi realizado pela Suprema Corte em 2012, em sede da ADPF 54, quando se decidiu pela descriminalização do aborto em caso de feto anencefálico, valendo ressaltar também a importante decisão proferida no HC 124.306, que teve como relator Min. Roberto Barroso, no qual tivemos necessário reconhecimento de que:

é preciso conferir interpretação conforma Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal – que implicam o crime de aborto – para excluir de seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade (STF, 2012).⁴

Ainda, considerou assertivamente que a criminalização é incompatível com:

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 (STF, 2012).⁵

Diante dessa premissa, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em parceria com o Instituto Anis – Instituto de Bioética, promoveu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442, no Supremo Tribunal de Federal, reconhecendo que o STF é o espaço legítimo e com autonomia para o debater e decidir sobre a tutela de direito das mulheres. A ação foi distribuída à Min. Rosa Weber, pleiteando que seja analisado a descriminalização do aborto induzido e voluntário até 12ª semana de gestação sob a ótica da Constituição Federal, independentemente dos motivos que tenha a mulher para realizá-lo.

Espera-se que, na análise da ADPF 442, se reconheça à mulher os direitos de decidir sobre a maternidade, como corolário de sua dignidade, cabendo somente a ela escolher se quer, ou não, ter filhos, em que momento e com quem fazê-los (BOITEUX, p. 6, 2017). No pedido da referida ação, solicita-se o período de 12 semanas considerando a proporcionalidade e experiência de legislações internacionais, como é o caso da Espanha, França, Uruguai, Alemanha e Cidade do México e também as evidências que demonstram a segurança do procedimento até o limite de 12 semanas, que possui pouco risco de complicações que exijam intervenção hospitalar.

4 STF. **Pleno - Julgamento da ADPF 54 sobre interrupção de gravidez de feto anencéfalo (1/5)**. 2012. (3h12m43s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IqSRM-dR10A&t=6s>. Acesso em: 20 ago. 2020.

5 *Ibidem*.

3.1 POSICIONAMENTOS DE TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DE OUTROS PAÍSES

O Tribunal Constitucional de Portugal despenalizou o aborto a pedido da gestante desde 1998, diante Acórdão 288/98⁶, até a 10ª semana de gravidez em estabelecimento de saúde especializado. Vale destacar argumentos usados pela referida Corte durante o julgamento:

1. O direito fundamental à vida e à integridade pessoal (arts. 24 e 25 da Constituição) e o reconhecimento da dignidade humana exigem a proteção da vida intrauterina. Essa proteção é limitada, uma vez que o feto não é “pessoa”. O direito à vida apresenta também dimensão objetiva, impondo a tutela da vida como valor. Nessa dimensão enquadra-se a proteção do nascituro, mesmo não sendo ele titular subjetivo do direito à vida.
2. A gestante possui os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de autodeterminação.
3. A colisão de princípios constitucionais e de direitos não se resolve pela (inexistente) hierarquia de valores constitucionais, mas pela ponderação de interesses e bem jurídicos colidentes. Cabe ao legislador estabelecer as formas de proteção da vida do nascituro. A vontade democrática expressa pelo Poder Legislativo deve ser respeitada. Além disso, a decisão do legislador português segue tendência de grande maioria dos Estados europeus de descriminalizar o aborto.
4. Com relação à tutela do nascituro, a Constituição não impõe o dever de criminalização do aborto. Isso confirma o poder do legislador de determinar em quais situações deve permanecer impune a interrupção voluntária da gravidez.

Após, ainda houve nesse país um intenso debate político e jurídico sobre o aborto. De acordo com Soraya Lunardi (2018), o Tribunal Constitucional emitiu cinco importantes decisões (25/1984, 85/1985, 288/1998, 617/2006, 75/2010) e, nelas, analisou a constitucionalidade dos referendos de 1998 e de 2007 e as leis que objetivaram a parcial descriminalização do aborto. Nesses referendos, a questão discutida era se ao aborto a pedido da gestante deveria ser despenalizado caso feito nas dez primeiras semanas em estabelecimento de saúde autorizado. Em todos prevaleceu o “sim”, mas o resultado não foi vinculante, uma vez que a abstenção superou 50%. Apesar disso, em 2007, a Assembleia da República aprovou lei que correspondia à proposta do referendo.

Interessa ressaltar que na sentença mais recente da Corte Constitucional Portuguesa (75/2010) houve um impulsionamento no desenvolvimento de um direito constitucional europeu que se refere ao aborto. Nela se confirmou a validade do modelo de período acompanhado de um aconselhamento não persuasivo, fundamentado no entendimento

6 Tribunal Constitucional, Plenário, Acórdão 288/98, Processo 340/98, Rel. Conselheiro Luís Nunes de Almeida, 17.04.1998. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>>. Acesso em 20 ago 2020.

de que a Constituição portuguesa ordena que o Estado proteja tanto a vida intrauterina como a autonomia reprodutiva das mulheres. Considerando isso, a Corte respeitou as primeiras sentenças do Legislativo para adotar meios de proteção alternativos em que analisou a penalização desnecessária, inadequada ou desproporcional e que num Estado de Direitos, o ramo penal teria que seguir sendo o último recurso, a *ultima ratio* (MELO, 2018, p. 143).

Na Alemanha, o legislador autorizou o aborto nas 12 primeiras semanas, desde que fosse realizado por médico e após aconselhamento da gestante no ano de 1992. No ano seguinte, em 1993, o Tribunal Constitucional Federal declarou outra vez a inconstitucionalidade parcial. Um dos argumentos dessa decisão reconhecia que a penalização não é medida adequada para o Estado cumprir o dever de tutelar a vida não nascida e que a pena imposta a gestante, que já está em situação de conflito, não resolve o problema⁷. Percebe-se, com isso, que medidas adequadas são, portanto, aconselhamento e a assistência material, sem punição.

No Canadá, o aborto foi ilegal somente até o ano de 1969 quando foi modificado o art. 251 do Código Penal para autorizar a prática em caso de risco para saúde da gestante. Os requisitos eram a clínica ter autorização e o aborto ser feito após parecer positivo de três médicos. No ano de 1988, a Suprema Corte que o art. 251 do Código Penal violava a Carta de Direitos Civis do Canadá, principalmente o direito à segurança das gestantes. Com isso, o artigo foi afastado e declarado inconstitucional e desde então não existe norma penal criminalizando o aborto a pedido da gestante.

Ainda sobre o julgamento da Suprema Corte do Canadá no ano de 1988, vale destacar o argumento da maioria que considerou o procedimento de intervenção do Comitê previsto na lei apresenta falhas. Primeiro, demora muito, expondo as mulheres a riscos físicos e psicológicos. Segundo, em cidades menores é ainda mais difícil para as mulheres conseguir a autorização, gerando discriminação. Terceiro, os critérios de avaliação são vagos, permitindo que fosse negada arbitrariamente a autorização. Quarto, impõe sofrimento desnecessário à gestante e atrasa o aborto, o que aumenta os riscos para sua saúde. Desse modo, a lei não atende o critério da justiça fundamental estabelecido na Carta de Direitos, causando mais prejuízo do que proteção para mulheres⁸.

Na Espanha, a Lei Orgânica de 2 de 2010 permitiu o aborto nas 14 primeiras semanas a pedido da gestante e independentemente das razões para tanto. Sobre a mudança da

7 LUNARDI, Soraya. **O caso da gravidez indesejada: delimas éticos e jurídicos sobre aborto** / Soraya Lunardi, Dimitri Dimoulis (p. 60). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. ISBN 978-85-532-1239-2.

8 LUNARDI, Soraya. **O caso da gravidez indesejada: delimas éticos e jurídicos sobre aborto** / Soraya Lunardi, Dimitri Dimoulis (p. 67-68). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. ISBN 978-85-532-1239-2.

legislação o Tribunal Constitucional não julgou um recurso pendente que pede sua inconstitucionalidade. Nesse país, portanto, o aborto por vontade da gestante não é crime. Antes disso, assim como hoje ainda é no Brasil, o aborto só era permitido em casos de evitar grave perigo para a vida ou a saúde da gestante, gravidez em decorrência de estupro e se houver má-formação do feto. Questionada a constitucionalidade dessa norma penal, o Tribunal Constitucional, em 1985, decidiu por sua recepção, que vigorou até 2010, quando foi descriminalizado pelo legislador⁹.

Na Eslováquia, a lei de 1986 permite o aborto nas 12 primeiras semanas da gestação sem necessidade de aconselhamento e mesmo posteriormente caso haja razões de saúde declaradas em laudo médico. Mais, menores de 16 anos precisam da autorização dos pais para fazê-lo. Em 2001 foi levantada questão sobre sua constitucionalidade por grupos conservadores. A discussão girava em torno do art. 15 da Constituição de 1992, a qual protege o direito à vida, e levantando a questão da tutela da vida uterina. Ao final, a Corte Constitucional entendeu que a vida humana não nascida não goza da mesma proteção da vida humana nascida, sendo, por isso, constitucional a norma que legaliza o aborto. Dentre os argumentos, destacam-se:

O nascituro não é um sujeito de direito que detém o direito fundamental à vida tal como as pessoas que nasceram com vida, mas possui um valor objetivo de ordem constitucional que deve ser tutelado. Cabe ao legislador prever os limites da proteção da vida humana não nascida, estabelecendo procedimento e limites temporais para a interrupção da gravidez. O legislador autorizou em certas hipóteses o aborto, levando em consideração os direitos da gestante, notadamente sua dignidade, autonomia e privacidade. Cabe somente a ela decidir sobre sua integridade física e psicológica, incluindo a decisão de levar a termo a gravidez. A interferência no direito à privacidade só pode ocorrer com base em lei que tenha objetivos compatíveis com os propósitos de uma sociedade democrática. A obrigação de proteção da vida do nascituro não se sobrepõe ao direito fundamental da mulher à sua privacidade. O prazo de 12 semanas previsto no texto legal como limite para a realização do aborto a pedido da gestante não pode ser considerado arbitrário e está em consonância com a previsão de diversos outros Estados da Europa (Corte Constitucional, PL. ÚS 12/01 n. 1/2007)¹⁰.

Segundo Soraya Lunardi (2018), o tratamento do aborto é um tema central no debate entre liberais e conservadores nos Estados Unidos há décadas. Como a competência legislativa sobre a questão é exclusivamente estadual, a Suprema Corte pronunciou-se dezenas de vezes sobre o tema, julgando leis estaduais que restringiam a contracepção e do aborto. Na década de 70, a decisão reconheceu que o direito à liberdade permitiu que a gestante realizasse a interrupção até que o feto fosse viável (no período de três meses da gestação). De acordo com Lunardi (2018), a Suprema Corte aceitou alguns regulamentos que

9 *Ibidem* (pág. 75).

10 *Ibidem* (págs. 77-78).

dificultavam ao acesso ao aborto e limitavam o financiamento público. A atual orientação da Corte encontra-se na decisão *Planned Parenthood of South Pennsylvania vs. Casey* de 1992¹¹.

Sobre essa decisão, insta destacar que a maioria argumentou que a 14ª Emenda reconhece à gestante o direito à liberdade, à integridade corporal e à privacidade que lhe permite decidir sobre o seu corpo. Reconheceu que se o Estado hoje proibir o aborto de feto não viável, a intervenção na liberdade é tão grande que poderá impor o aborto como meio de seleção eugênica ou de controle de população. A maioria também que o feto não possui o direito à vida, pois desse direito só goza a pessoa. No entanto, o Estado tem forte interesse de proteger a saúde das mulheres e a vida do feto. Razão pela qual pode restringir o direito da gestante de abortar, de forma que no primeiro trimestre da gravidez, a saúde da gestante não corre risco em caso de aborto nem há feto viável, devido a isso, a gestante pode livremente decidir se realizará aborto (LUNARDI, 2018).

Na França, o aborto foi descriminalizado em 1975, com fulcro em projeto de lei elaborado e defendido no Parlamento pela Ministra da Saúde Simone Veil, em 1974 (LUNARDI, 2018). O Conselho avaliou a lei descriminalizadora em 75, considerando-a constitucional. O Conselho Constitucional na decisão 74-54 de 15 de fev. de 1975¹², o argumento da maioria foi que o legislador tem competência para determinar em quais casos é permitida a interrupção da gravidez. Considerou que a lei que autoriza essa interrupção em caso de perigo para a vida da gestante ou a saúde da gestante, assim como quando ela se encontra em situação de angústia e a gestação não ultrapasse dez semanas, procede a uma delimitação constitucionalmente permitida entre a liberdade da gestante e a vida do nascituro. O Conselho então declarou a recepção da norma descriminalizadora na França. Em 2014, 39 anos depois do julgamento, legislador fez uma alteração e permitiu que o aborto fosse feito com solicitação da gestante nas primeiras 12 semanas da gestação, sem necessidade de explicar razões pela qual pretende abortar. No mesmo o Conselho declarou a constitucionalidade da lei, decisão de n. 700 de 2014¹³.

Na Hungria, o legislador no de ano 1992 autorizou o aborto até 12ª semana de gestação em casos de estupro, dano ou deficiência do feto, risco a saúde da gestante e situação de grave crise da gestante. Essa grave crise precisava ser constatada por declaração da própria gestante. Contudo, grupos conservadores questionaram a constitucionalidade dessa lei, alegando direitos do nascituro. A Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade

11 Supreme Court, 505 US 833 (1992). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833>.

12 Disponível em : www.cosneil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/franais/les-decisions/acces-par-date/decisions-despuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html.

13 Disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014700DC.html.

parcial da lei. Posteriormente, a Constituição de 2012 decretou que a vida é protegida desde a concepção, porém a lei de 1992 permanece em vigor e, ademais, um decreto especificou o procedimento para constatar a grave crise da gestante ou má-formação do feto (LUNARDI, 2018).

Ainda sobre a Hungria, na decisão 48 de 1998¹⁴ da Corte Constitucional, a maioria argumentou que (i) além do aspecto subjetivo do direito à vida, existe o aspecto institucional do dever do Estado de tutelar a vida humana. Este último abrange a tutela do feto que deve gozar de proteção desde a sua concepção, ainda que não possua direito subjetivo à vida; (ii) a Corte não possui competência para determinar o estado jurídico do feto, mas contata que a decisão do legislador de autorizar o aborto em determinadas hipóteses é razoável, não contrariando a Constituição; (iii) a tutela do feto é limitada pelos direitos da gestante à dignidade, à integridade física e psíquica e à autodeterminação. Considerando que seria inconstitucional tanto permitir o aborto sem justa causa, ignorando dever de proteção do feto, como proibi-lo em larga escala, deixando de tutelar direitos da gestante; (iv) também considerou que o legislador húngaro não estabeleceu critérios e procedimentos para constatar a grave crise da gestante que autoriza o aborto, nem indicou quais deficiências do feto justificam o aborto, recomendando que teria equilíbrio entre o dever de tutela da vida e os direitos da gestante, se o legislador concretizar esses conceitos, exigindo parecer médico e aconselhamento da gestante por especialista (LUNARDI, 2018).

Na Índia, o aborto é legal desde 1971 (*Medical Termination of Pregnancy act*) nas primeiras 12 semanas de gestação com exigência de atestado médico e até as 20 semanas com atestado de dois médicos. Lá, a intervenção pode ocorrer em hospitais públicos de forma gratuita, todavia, a falta infraestrutura e de informação dificulta o acesso ao aborto de mulheres mais pobres (LUNARDI, 2018). Os quesitos são claros, menores de idade devem apresentar autorização dos responsáveis. As hipóteses autorizadoras do aborto são: risco para a saúde física ou mental da gestante; grave anormalidade do feto; estupro; gravidez de menina não casada menor de 18 anos; gravidez de mulheres incapazes mentalmente com consentimento do tutor; gravidez por falha de método contraceptivo; situação socioeconômica da gestante que possa dificultar a gestação; gestante que gerou filho com anormalidades congênicas (LUNARDI, 2018).

14 Corte Constitucional Húngara, 48, 23-11-1998 AB. Publicada em *MAGYAR Kozlony*, 1998/105. Disponível em https://hunconcout.hu/uploads/sites/3/2017/11/en_0048_1998.pdf.

No julgamento judicial indiano (High Court do Estado Rajasthan, Nand Sharma vs. Union of India, 28.01.1977)¹⁵, foi solicitada a declaração de constitucionalidade da *Medical Termination of Pregnancy act* alegando se antiética e violar o art. 21 da Constituição indiana que protege o direito à vida. Como esperado, o Tribunal negou o pedido. Dos argumentos se destacam que: (i) a questão do aborto possui relevância pública, mas o judiciário não deve examinar questões relativas à moral ou ao início da vida e sim trata da proteção dos interesses da mulher; (ii) a lei protege o direito da mulher que foi estuprada, permitindo que realize o aborto para evitar dano à sua saúde mental, da mesma forma uma gravidez indesejada, resultado de uma falha do contraceptivo, pode gerar grave lesão à saúde mental da mulher; (iii) e que considera legal apenas a interrupção da gravidez feita nos prazos legalmente fixados e após laudo médico que constate a ocorrência de uma das hipóteses legalmente previstas (LUNARDI, 2018). Assim, o Tribunal considerou que o propósito da lei foi resguardar a vida da mulher grávida, conforme fica claro nos objetivos e na justificção para evitar que haja danos graves.

No México, a cidade do México (unidade da Federação) promulgou no ano de 2007 legislação que permite o aborto nas 12 primeiras semanas de gestação. A Suprema Corte, em decisão de mais de mil páginas, examinou e confirmou a constitucionalidade. No julgamento da ação de inconstitucionalidade n. 146 de 2007¹⁶ na Suprema Corte, é possível destacar alguns argumentos, tais como (i) a alegação de que as normas superiores não determinam o início da vida e que o direito à vida não é absoluto, proibindo-se somente sua privação arbitrária tampouco que exista ordem constitucional ou internacional que obrigue os Estados a penalizar a prática de aborto; (ii) a constituição e as normas internacionais impõem tutelar o direito à liberdade e à saúde, dentro daquela a autodeterminação da mulher, incluindo decisões sobre seu corpo; (iii) a norma despenalizadora do aborto apresenta como justificativa o problema de saúde pública decorrente dos abortos clandestinos e a necessidade de garantir o direito à autodeterminação das mulheres com relação à maternidade (LUNARDI, 2018).

Na Nova Zelândia, a lei permite o aborto desde 1977, com necessidade de dois médicos credenciados que certifiquem que a gravidez tenha sido resultado de incesto. Causa risco de vida para a gestante; pode gerar grave risco para a sua saúde física e mental. Consta

15 Rajsthan High Court, Nand Kishore Sharma and Others vs. Unio of India, 22.10.2005, AIR 2066 Raj 166, 2006 WLC Raj UC 411. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/1452660>.

16 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Comisión Naacional de los Derechos Humanos y Procuraduría General de la República , 28.08.2008. Disponível em: <https://sjf.scjn.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=21469&Clase=DetalleTesisEjecutorias#>.

que são raros os casos em que os médicos negam a autorização, o que, na verdade, determina é a vontade da gestante. Lá, algumas organizações religiosas questionaram judicialmente a forma de aplicação da lei, isso porque os tribunais do país não fazem controle de constitucionalidade, competência deliberada ao próprio parlamento. Esses grupos pediram, então, ao tribunal interpretação restritiva e controle judicial das decisões dos médicos que autorizam o aborto (LUNARDI, 2018).

Na decisão da Suprema Corte da Nova Zelândia de 09.08.2012¹⁷, foi decidido apenas sobre a aplicação da lei, a Corte então argumentou que a lei não impõe que os médicos que examinam o pedido da gestante fundamentem sua decisão, sendo suficiente atestar que ocorre uma das hipóteses de aborto legalmente previstas. Considerou que essa característica diferencia a autorização do aborto dos atos administrativos comuns que devem incluir fundamentação e que, de acordo com a lei, os médicos devem realizar entrevista apenas se a mulher o solicitar, sendo que também não há indicação da forma correta para conduzir a entrevista, devendo ser respeitado o sigilo médico (LUNARDI, 2018).

Na contramão desses Tribunais/Conselhos Constitucionais, quando voltamos para o Brasil, nota-se que o entrave é que a criminalização do aborto voluntário suspende a garantia de direitos às mulheres. Segundo Samantha Buglione (2013), a criminalização do aborto voluntário traz efeitos que violam pressupostos normativos de hierarquia, de supremacia e interpretação sistemática do Direito, apontando que é inconstitucional porque: viola a norma constitucional da igualdade, discriminando mulheres; viola a norma constitucional liberdade de crença e pensamento; viola a dignidade das mulheres e sua autonomia; põe em risco a saúde delas; interfere de demasiada e arbitrária forma e proporção na vida privada dos indivíduos.

Assim, a manutenção da criminalização do aborto voluntário (com até 12^a semanas de gestação) possui consequências penais desproporcionais, com a violação de direitos humanos das mulheres em detrimento de direitos de um feto que só tem a expectativa de ainda vir a ser uma pessoa, desconsiderando as evidências científicas e médicas quanto ao tema. Além disso, também foi possível observar que os artigos do Código Penal (1940) que criminalizam o aborto por vontade da gestante não pode ainda ter sido recepcionado pela Constituição Cidadã, porque há múltiplas violações de cunho constitucional, como a igualdade, liberdade de pensamento, dignidade das mulheres, saúde das mulheres e o direito penal não atuando como *ultima ratio*.

17 Supreme Court. Right to life New Zealand Inc vs. The Abortion Supercisory Commitee, 09.08.2012. Disponível em: <http://nzlii.org/nz/cases/NZSC/2012/68.html>.

4. SELETIVIDADE CRIMINAL E O PERFIL DAS MULHERES MAIS IMPACTADAS PELA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

No Brasil, a discussão sobre aborto pode revelar desigualdades e seletividade no impacto da lei penal com mais intensidade em determinado grupo de mulheres. Nesse tópico, buscou-se analisar dados e referências bibliográficas, a fim de verificar quem são as mulheres que sofrem mais impactos pela criminalização do aborto no país.

Segundo a Pesquisa Nacional do Aborto (2017), “o aborto no Brasil é comum e ocorreu com frequência entre mulheres comuns, isto é, foi realizado por mulheres: a) de todas as idades (ou seja, permanece como um evento frequente na vida reprodutiva de mulheres há muitas décadas); b) casadas ou não; c) que são mães hoje; d) de todas as religiões, inclusive as sem religião; e) de todos os níveis educacionais; f) trabalhadoras ou não; g) de todas as classes sociais; h) de todos os grupos raciais; i) em todas as regiões do país; j) em todos os tipos e tamanhos de município”.

Para relembrar, o Código Penal de 1940 prevê o aborto induzido ou voluntário como crime, mas possui duas hipóteses excepcionais de legalidade: a) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I); e b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, se for incapaz, de seu representante legal (art. 128, II). Contudo, se sabe, por ano, mulheres que realizam aborto inseguro no país precisam de atendimento médico ou internação hospitalar em decorrência de complicações, o número aproximado dessas mulheres é de 240 mil (DINIZ, MEDEIROS; MADEIRO, 2017). Tal magnitude deixa clarividente a relevância do assunto para se questionar quais são as mulheres que podem sofrer danos quanto abortamento ilegal e inadequado e se o resultado revela uma seletividade no crime de aborto.

Na realidade brasileira, a restrição aos métodos abortivos seguros leva mulheres a recorrerem a procedimentos realizados em condições de risco e o resultado pode ser uma das maiores causas de mortalidade materna e violência institucional contra as mulheres nos serviços de saúde público, principalmente em face daquelas que mais precisam e fazem seu uso. Nessa linha, foi possível aferir que o abortamento inseguro é realizado em sua maioria por mulheres adultas jovens, com baixa renda e escolaridade, pretas, pardas e

indígenas (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 657), esse é o perfil que mais utiliza/necessita do Sistema Único de Saúde¹⁸.

Uma pesquisa realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS, p. 17-18, 2015) mostrou que a cada ano 22 milhões de abortamentos inseguros são realizados e que quase todos, cerca 98%, ocorrem em países em desenvolvimento, cenário em que o Brasil se encaixa. O mesmo estudo mostra que 47 mil mortes que tenham relação com gravidez são provocadas por complicações advindas de um abortamento clandestino e que 5 milhões de mulheres sofrem disfunções físicas/mentais como resultado. Em análise aos dados, é possível dizer que as mulheres mais suscetíveis a mortalidade e aos danos decorrentes do restrito acesso ao aborto seguro no Brasil são também adultas jovens, com baixa renda e escolaridade, pretas, pardas e indígenas.

De acordo com Samantha Buglione (2013), com a criminalização do aborto, cria-se uma legal e moralmente aceitável desigualdade formal. Isso porque, segundo a autora, o princípio da extraterritorialidade do Direito Penal (art. 7º, CP) dá aval para que um ato típico na ordem jurídica brasileira, se praticado no exterior, e lá não for típico, não configurará crime no Brasil. Então, as mulheres que possuam essa informação e que tenham condições financeiras vão para outro país em que o aborto é legal e realizam com segurança a interrupção da gravidez. Exemplo dessa situação, é comum mulheres brasileiras viajarem a Portugal para realizar a interrupção gestacional, segundo a Direção Geral da Saúde (DGS), elas ocupam a terceira posição entre mulheres estrangeiras que realizam aborto em Portugal, cerca de 15,8% (PORTUGAL, 2018)¹⁹.

Estatísticas do Ministério da Saúde registraram que 379 brasileiras (residentes ou não no país) realizaram aborto no ano de 2016 (um total de 15.416 no país), 441 em 2015, 423 em 2014. Isso significa que desde 2014, praticamente uma brasileira, por dia, está abortando em Portugal. Mais, as brasileiras residentes podem realizar o aborto gratuitamente na rede pública de saúde, ao passo que as estrangeiras precisam desembolsar 570 euros com anestesia geral ou 50 com medicamentos (MELO, 2018). Dessa forma, a lei penal brasileira

18 GUIBU, I., MORAES, J. C., GUERRA Junior, A., COSTA, E., ACURSIO, F. de A., COSTA, K., KARNIKOWSKI, M., Soeiro, O., LEITE, S., & ÁLVARES, J. (2017). Main characteristics of patients of primary health care services in Brazil. **Revista de Saúde Pública**, 51(supl.2), 17s. <https://doi.org/10.11606/S1518-8787.2017051007070>.

19 PORTUGAL. Direção Geral da Saúde. **Relatório do Registos das Interrupções da Gravidez**. Ed. 2018. Disponível em: <https://www.dgs.pt/portal-da-estatistica-da-saude/diretorio-de-informacao/diretorio-de-informacao/por-serie-1144918-pdf.aspx?v=%3D%3DDwAAAB%2BLCAAAAAAABAARYSzItzVUY81MsTU1MDAFAHZFefkPAAAA>. Acesso em: 25 ago 2020.

cria uma seletividade criminal de classe e raça: a proibição e seus efeitos recaem apenas em face de um determinado grupo de mulheres.

De acordo com pesquisa realizada por Livia Miranda Muller Drumond Casseres (2018), a mortalidade materna em consequência da gravidez que termina em aborto implica num risco de morte 2,5 maior para mulheres pretas em comparação às mulheres brancas e que enquanto as desigualdades sociais impactam no acesso à saúde, o racismo institucional determina as condições de atendimento das mulheres negras, grupo que é mais exposto ao acesso desqualificado aos serviços do SUS, mesmo quando equiparada renda, nível de instrução e ocupação no mercado de trabalho²⁰. Essa análise também pode explicar como o racismo pode estar associado a criminalização do aborto e porque esse processo de criminalização impacta mais danosamente um grupo de mulheres, que já está marcado por indicadores de vulnerabilidade.

Ademais, Casseres (2018) menciona também uma pesquisa intitulada “A Cor da Dor”, publicada em 2017 pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, da Fundação Oswaldo Cruz – primeira análise grande das influências da raça/cor na experiência da gestação e parto -, e disse que, a partir desta, ficou claro que o funcionamento cotidiano dos serviços de saúde importa em benefícios e oportunidades diferenciadas segundo raça/cor. Nessa linha, a pesquisadora ainda vai além, analisa que a incriminação pela prática do aborto de mulheres brasileiras significa o exercício de um poder de morte, do qual tratou Foucault²¹. Explicando que isso pode significar o exercício de “biopoder” que toma a vida para gerenciá-la e sujeitá-la a instrumentalização.

A partir dessas explicações, é possível se atentar para manifestação da dominação real de mulheres racializadas, que sofrem com essa maior incidência da seletiva criminalização e, outrossim, observar que essa criminalização nada mais é do que uma violência contra essas mulheres através do Estado como sistema criminal de justiça.

Na pesquisa feita por Casseres (2018), evidencia-se o racismo estrutural como um componente histórico da ordem social brasileira, reproduzido pelo funcionamento das instituições do sistema punitivo, bem como do sistema de saúde, do sistema educacional, econômico e político. Essa pesquisadora constata que enquanto os movimentos feministas internacionais que discutem a questão do aborto em termos de autonomia privada ou do direitos ao próprio corpo, para as mulheres negras brasileiras expostas à morte na prática

20 GOES, Emanuelle Freitas; NASCIMENTO, Enilda Rosendo do. Mulheres Negras e Brancas e os Níveis de Saúde: uma análise sobre as desigualdades. **Revista Saúde em Debate** 37, no. 99 (out/dez 2013): 571-579.

21 FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. Tradução de Maria Ermantina Galvão (São Paulo: Martins Fontes, 1999): 40.

cotidiana do aborto inseguro, nem mesmo a ideia materna compulsória seria adequada para falar sobre sua condição.

Na história do Brasil, mulheres negras foram alvo de esterilização forçada na década de 90²², uma política desumana e racista realizada pelo governo brasileiro, como veremos com a leitura:

a esterilização forçada juntamente a esterilização em massa tinha por finalidade diminuir o contingente populacional de negros e pobres no País. Como no Brasil o racismo é estruturante e sistêmico, se utilizou também da esterilização, sobre a égide da eugenia, para a eliminação dos degenerados, indesejáveis e inferiores onde há intenção era que por meio da esterilização em massa das mulheres negras diminuiria o percentual de negros/as no País. (GOES; MOORE; FIGUEIREDO, p. 823, 2014).

Assim como foi a política de esterilização forçada de mulheres negras no passado, a escolha do legislador em manter uma política penal para o aborto reforça os mecanismos que sujeitam mulheres negras a um regime político de mitigação de direitos principalmente reprodutivos e colabora para a continuidade do racismo, compreendido como processo histórico e político. Por essas razões, a proteção do princípio constitucional da igualdade na sua dimensão antirracista constitui o epicentro da Arguição de Descumprimento Fundamental n. 442, ou seja, a Corte é provocada a declarar a humanidade das mulheres brasileiras na sua mais radical concepção: a percepção das mulheres negras (CASSERES, 2018).

Nota-se, no ponto em que chegamos, que as relações de poder do Estado se expressam de forma mais invasiva sobre as vidas das mulheres e mais ainda sobre as vidas das mulheres negras e todas as representações sociais construídas em torno dos corpos negros. Além disso, a criminalização do aborto é basicamente baseada em concepções moralistas, até mesmo dos legisladores atuais, que contribuem para variados processos de estigmatização das mulheres, o que impede que a questão do aborto seja vista como problema grave de saúde pública, permanecendo sob a égide da punitividade estatal (ARAÚJO; PIMENTEL, 2020).

É possível considerar que o Estado, nessa ocasião, não procura a garantia de proteção aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, pelo contrário, atua de forma a manter as assimetrias sociais e raciais através do controle que exerce sobre corpos femininos. Tratando-se de um Estado que parece ser um regulador dos interesses de cada um e não mais como o bem maior para todos.

22 Brasil. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a examinar a incidência de esterilização em massa de mulheres no Brasil. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/85082>. Acesso em 08 de nov. 2020.

Nesse sentido, compreende-se a criminalização do aborto não só como mais uma prática de violência contra mulheres, mas também como uma prática de controle dos corpos femininos que se perpetua, dessa vez, através da força punitiva do Estado, do sistema criminal. De acordo com Araújo & Pimentel (2020) não há nenhuma ruptura ou mesmo qualquer preocupação real com a proteção da vida das mulheres, mas sim uma interação e uma linha tênue entre o controle informal e formal das relações culturais e sociais que discriminam as mulheres, principalmente as mais impactadas pelo processo de criminalização do aborto.

O problema de saúde pública chama a atenção não só por sua magnitude, mas também por sua persistência. As políticas brasileiras, inclusive as de saúde, tratam o aborto sob uma perspectiva religiosa e moral e respondem à questão com a criminalização e a repressão policial. A julgar pela persistência da alta magnitude, e pelo fato do aborto ser comum em mulheres de todos os grupos sociais, a resposta fundamentada na criminalização e repressão tem se mostrado não apenas inefetiva, mas nociva. Não reduz nem cuida: por um lado, não é capaz de diminuir o número de abortos e, por outro, impede que mulheres busquem o acompanhamento e a informação de saúde necessário para que seja realizado de forma segura ou para planejar sua vida reprodutiva a fim de evitar um segundo evento desse tipo (DINIZ; MEDEIROS; & MADEIROS, 2017).

Juntamente a outros fatores já mencionados nesse tópico, a questão racial é latente e é de extrema relevância levantar esses aspectos particulares na pesquisa sobre aborto, principalmente para falar sobre a seletividade criminal que existe intrínseca no direito penal. Assim, os dados devem ser considerados para analisar como se estabelecem, no Brasil, as desigualdades sociais e raciais com a população não branca. Possivelmente dessa maneira, analisando, podemos perceber e entender o peso da estrutura patriarcal de família, do racismo mesmo, que consolidaram na sociedade brasileira como formas de opressão de gênero, raça e classe, no debate/discussão sobre a descriminalização do aborto.

A legislação penal quando criminaliza o aborto em seus dispositivos proibitivos não só recai sobre a raça, mas se associa a um conjunto de fenômenos ligados à estrutura social brasileira, na qual raça e sistema penal se constituem mutualmente e determinam as vidas dignas de se proteger e aquelas que se pode deixar perecer (CASSERES, 2018). Por fim, partindo disso, é possível perceber que a lei penal brasileira cria uma seletividade criminal de classe e raça. Isso porque a proibição e seus efeitos recaem apenas em face de um determinado grupo de mulheres, são elas adultas jovens, com baixa renda e escolaridade, pretas, pardas e indígenas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho é possível vislumbrar que existe uma seletividade criminal quanto ao crime de aborto, porquanto a proibição e seus efeitos recaem apenas em face de um determinado grupo de mulheres, como visto. Isso nos leva a dizer também que os indivíduos mais suscetíveis a serem detectados, processados, julgados ou de sofrerem consequências por sua prática possuem um perfil marcado pela desigualdade social que atravessa raça, gênero, situação econômica e nível de instrução.

Na análise da legislação penal sobre o aborto, os artigos do Código Penal que proíbem o aborto por vontade da gestante não podem ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, porque há múltiplas violações de cunho constitucional, como a igualdade, liberdade de pensamento, dignidade das mulheres, saúde das mulheres e, principalmente, o direito penal não atuando como último recurso de controle estatal, mas como única alternativa. Tal realidade reflete o pensamento punitivista do estado em detrimento de soluções menos injustas, como a descriminalização do aborto.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOITEUX, Luciana. A ADPF 442, dignidade das mulheres, democracia e o STF. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 294, p. 5-7, mai.. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134804. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Organização Mundial da Saúde (OMS). **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para os sistemas de saúde**. 2a ed. Genebra: OMS; 2013.

BUGLIONE, Samantha. **O aborto voluntário e seu eterno desconforto: um debate sobre o alcance das democracias laicas**. Manual dos Direitos da Mulher. Cap. 9, pág. 184-204. Editora Saraiva Jur, ano 2013.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CASSERES, Livia Miranda Müller Drumond. Racismo estrutural e a criminalização do aborto no Brasil. SUR. **Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 15, n. 28, p. 77-85, 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153857. Acesso em: 1 nov. 2020.

CASTILLO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Alexandra Lopes da. Inquisição contemporânea: uma história de perseguição criminal, exposição da intimidade e violação de direitos no Brasil. **SUR. Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 181-197, dez.. 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108771. Acesso em: 2 nov. 2020.

DEL PRIORE, Mary Lucy Murray. **A árvore e o fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto**. Bioética, p. 43-51. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=56063. Acesso em: 31 ago. 2020.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2016. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232017000200653&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 4 jun. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. Do original em francês: Surveiller et punir. ISBN 978-58-326-0508-5.

GOES, Emanuelle F.; MOORE, Hanna; FIGUEIREDO, Juliana. **Mulheres negras, racismo e a (não) garantia dos direitos reprodutivos**. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/1941/679>. Acesso em 08 nov. 2020.

GUIBU, I., MORAES, J. C., GUERRA Junior, A., COSTA, E., ACURCIO, F. de A., COSTA, K., KARNIKOWSKI, M., SOEIRO, O., LEITE, S., & ÁLVARES, J. (2017). Main characteristics of patients of primary health care services in Brazil. **Revista De Saúde Pública**, 51(suppl.2), 17s. <https://doi.org/10.11606/S1518-8787.2017051007070>

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. SUR – **Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 5, número 8 – São Paulo, junho de 2008.

MATTAR, Laura Davis. **Os Direitos Reprodutivos das Mulheres**. Manual dos Direitos da Mulher. Cap. 3, pág. 54-79. Editora Saraiva Jur, ano 2013.

MELO, Mônica de. **Direito fundamental à vida e ao aborto a partir de uma perspectiva constitucional, de gênero e da criminologia**. 2018. 189 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho; NASCIMENTO, Flávia Passeri. **Delineamentos Jurídicos do Direito ao Aborto no Brasil: ADI 5581 E ADPF 442** (pág. 165-172). Relatório NAJURP: Direitos Humanos da Mulheres / Fabiana Cristina Severi, (organizadora). - Ribeirão Preto, FDRP, 2017 – ISBN 978-85-62593-21-5.

CNJ. *Recomendação geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW)*, 2019. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>.

Acesso em: 11.01.2020.

PATMAN, Carole. **O Contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra 1993. p. 28.

PIMENTEL, Elaine; ARAÚJO, Elita Isabella Moraes Dorvillé de. Gênero, violência e racismo: reflexões sobre violência contra mulheres no Brasil a partir de uma perspectiva feminista e antirracista. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 29, p. 361-384, jan./jul.. 2020. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=156739. Acesso em: 1 nov. 2020.

RAMPAZZO, Adriane. A (in)constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez no Brasil: um estudo de direito comparado. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 09-38, 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150259. Acesso em: 11 nov. 2020.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Violência e discriminação contra as mulheres e o acesso à justiça: algumas considerações sobre os desafios em se construir uma Justiça de Gênero.** In: Violência doméstica, agressão sexual e direito: da constatação ao enfrentamento pela perspectiva transdisciplinar[S.l: s.n.], 2013.

LUNARDI, Soraya. **O caso da gravidez indesejada: dilemas éticos e jurídicos sobre aborto** / Soraya Lunardi, Dimitri Dimoulis (p. 60). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. ISBN 978-85-532-1239-2.

VENTURA, Miram. 2006. Descriminalização do aborto: um imperativo constitucional. In: COSTA, Alexandra Lopes da. Inquisição contemporânea: uma história de perseguição criminal, exposição da intimidade e violação de direitos no Brasil. **SUR. Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 192, dez. 2013.