



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

JULIA NUNES PEREIRA

**CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A MANIFESTAÇÃO DA VIOLÊNCIA DE
GÊNERO**

**JOÃO PESSOA
2023**

JULIA NUNES PEREIRA

**CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A MANIFESTAÇÃO DA VIOLÊNCIA DE
GÊNERO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Dra.^a Raquel Moraes de
Lima

**JOÃO PESSOA
2023**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P436c Pereira, Julia Nunes.

Criminalização do aborto e a manifestação da
violência de gênero / Julia Nunes Pereira. - João
Pessoa, 2023.
56f.

Orientação: Raquel Moraes de Lima.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Aborto. 2. Direitos Humanos. 3. Criminalização.
4. Mulheres. I. Lima, Raquel Moraes de. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

JULIA NUNES PEREIRA


CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A MANIFESTAÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dra.^a Raquel Moraes de Lima

DATA DA APROVAÇÃO: 30 DE OUTUBRO DE 2023

BANCA EXAMINADORA:


Prof.ª Dra. RAQUEL MORAES DE LIMA
(ORIENTADORA)


Prof.ª Dra. Juliana Toledo Araújo Rocha
(AVALIADORA)


Prof.ª Dra. Larissa Teixeira Menezes de Freitas
(AVALIADORA)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha orientadora, professora Raquel Moraes por sua disposição e guia neste trabalho de conclusão de curso. Em seguida agradeço à minha mãe, Glaudenice, por toda a minha vida. Agradeço às minhas tias e minhas avós, por serem grandes exemplos de mulheres no meu mundo. E por fim, mas não menos importante, agradeço à Bia, Arthur, Luiz Felipe e Pedro, cujo carinho me ajudou a chegar até aqui. Amo todos vocês, obrigada.

“Eu costumava pensar em meu corpo como um instrumento de prazer, ou um meio de transporte, ou um implemento para a realização de minha vontade. Eu podia usá-lo para correr, para apertar botões, deste ou daquele tipo, fazer coisas acontecerem. Havia limites, mas meu corpo era, apesar disso, flexível, único, sólido, parte de mim.”

(Margaret Atwood)

RESUMO

O presente trabalho, mediante a coleta e sondagem de dados pertinentes à prática abortiva no Brasil, examinou as implicações da criminalização do aborto no país, em especial no que diz respeito à garantia de determinados direitos constitucionais às mulheres, como o direito à vida, liberdade, igualdade, dignidade e o direito à saúde. O status de ilegalidade conferido ao aborto não é um método eficaz para impedir a realização do procedimento no país, no entanto, obriga milhares de mulheres a cada ano a se submeterem a métodos clandestinos inseguros, pondo em risco sua saúde e sua vida. Neste sentido, o intuito deste texto é argumentar e ilustrar como a criminalização do aborto atua de forma desproporcionalmente desfavorável às mulheres, se manifestando como uma forma de violência de gênero, interferindo na plena garantia dos direitos fundamentais às mulheres. Em vista de tal, o trabalho define e contextualiza a prática da interrupção voluntária da gravidez no Brasil e no mundo e compara as consequências de diferentes legislações sobre o aborto. Para confecção desta monografia fez-se uso do método descritivo e abordagem quali-quantitativa, com esse fim realizou-se vasta pesquisa bibliográfica utilizando-se de publicações de caráter informativo, como livros, artigos, sites de internet, dentre outros.

Palavras-chave: Aborto. Direitos Fundamentais. Criminalização. Mulheres.

ABSTRACT

This paper, by collecting and surveying data pertinent to abortion practices in Brazil, examined the implications of the criminalization of abortion in the country, especially with regards to the guarantee of certain constitutional rights to women, such as the right to life, freedom, equality, dignity and the right to healthcare. The illegal status held by abortion is not an effective method to prevent the procedure from being carried out in the country, however, it forces thousands of women each year to undergo unsafe clandestine methods, putting their health and lives at risk. In this sense, the purpose of this paper is to argue and illustrate how the criminalization of abortion acts disproportionately and unfavorably to women, manifesting itself as a form of gender-based violence, interfering with the complete guarantee of fundamental rights to women. In view of this, this paper defines and contextualizes the practice of voluntary termination of pregnancy in Brazil and around the world and compares the consequences of different legislation on abortion. In order to make this monography, the descriptive method and qualitative-quantitative approach were used. To this end, extensive bibliographical research was carried out using publications of an informative nature, such as books, articles, internet sites, among others.

Key-words: Abortion. Fundamental Rights. Criminalization. Women.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

ANIS – INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNEROS

BO – BOLETIM DE OCORRÊNCIA

CEDAW – TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER
(SIGLA EM INGLÊS)

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

CIDACS – CENTRO DE INTEGRAÇÃO DE DADOS E CONHECIMENTOS PARA
SAÚDE

CNTS – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE
(CNTS)

CP – CÓDIGO PENAL

DUDH – DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

IML – INSTITUTO MÉDICO LEGAL

IVE – LEI DO ACESSO À INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ (SIGLA
EM ESPANHOL)

NIH – NATIONAL INSTITUTE OF NEUROLOGICAL DISORDERS AND STROKE
(SIGLA EM INGLÊS)

OMC – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE

ONG – ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

OPAS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE

PNA – PESQUISA NACIONAL DE ABORTO

PROVITA – PROGRAMA DE APOIO E PROTEÇÃO ÀS TESTEMUNHAS, VÍTIMAS
E FAMILIARES DE VÍTIMAS DA VIOLÊNCIA

PSOL – PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE

SOF – SEMPREVIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2 DA INTERRUPTÃO DO PROCESSO DE GRAVIDEZ..... | 12 |
| 2.1 Aspectos Históricos..... | 13 |
| 2.2 Direitos Sexuais e Reprodutivos..... | 14 |
| 2.3 A Evolução do Aborto dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro..... | 16 |
| 2.4 Classificação do Aborto na Legislação Penal..... | 16 |
| 2.4.1 Aborto Provocado pela Gestante..... | 17 |
| 2.4.2 Aborto Provocado com o Consentimento da Gestante..... | 18 |
| 2.4.3 Aborto Provocado sem o Consentimento da Gestante..... | 18 |
| 2.4.4 Consumação e Tentativa..... | 19 |
| 2.4.5 Figuras Majoradas de Aborto..... | 20 |
| 2.4.6 Excludentes de Ilcitude..... | 21 |
| 3 APRECIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS ARRAZOADOS PELA PRÁTICA DO ABORTO..... | 25 |
| 3.1 Direitos Fundamentais..... | 26 |
| 3.1.1 Direito à Vida..... | 28 |
| 3.1.2 Dignidade da Pessoa Humana..... | 31 |
| 3.1.3 Direito à Igualdade..... | 33 |
| 3.1.4 Direito à Liberdade..... | 35 |
| 3.1.5 Direito à Saúde..... | 37 |
| 4 A REALIDADE DO ABORTO NO BRASIL..... | 39 |
| 4.1 Aborto, Clandestinidade e Saúde Pública..... | 40 |
| 4.2 A Dificuldade de se realizar um Aborto Seguro no Brasil..... | 42 |
| 5 ABORTO E LEGISLAÇÃO COMPARADA..... | 46 |
| 5.1 Argentina..... | 46 |
| 5.2 Nicarágua..... | 47 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 48 |
| REFERÊNCIAS..... | 51 |

1 INTRODUÇÃO

O aborto, do latim “abortus” (“ab” significando “privação” e “ortus” nascimento), caracteriza-se pela interrupção, voluntária ou não, da gravidez, tendo como resultado a morte do feto ou embrião. Em sua modalidade provocada, o aborto é conduta penal tipificada prevista nos arts. 124 e seguintes do Código Penal brasileiro, excetuando-se as hipóteses tratadas nos incisos I e II do art. 128 do CP, as quais se referem ao aborto necessário, caracterizado pela gravidez que apresenta risco de morte à mulher, e ao aborto em caso de gravidez resultante de estupro. Ademais, externamente à legislação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2012, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, entendeu que não há crime nos casos de interrupção voluntária de gravidez de feto anencéfalo.

Em todo o mundo, a criminalização do aborto tem sido alvo de discussões calorosas nos meios social, jurídico, religioso, da saúde e da bioética. No cerne deste debate estão os direitos fundamentais, em especial o direito à vida, quando se tratando do feto, e os direitos à liberdade, saúde e autonomia, em relação à mulher.

Os Direitos e Garantias Fundamentais são tratados no Título II da Constituição Federal de 1988 e são tidos como essenciais ao ser humano, sendo a ele inerentes em razão de sua condição de pessoa humana, devendo ser, portanto, estendidos a todos os indivíduos. No entanto, observa-se que, na realidade, os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente à mulher, quando postos em conflito com o direito à vida do feto, restam vencidos.

O ordenamento jurídico brasileiro, em momento algum, apresenta a definição do conceito de vida para o direito. Porém, o exercício da hermenêutica permite aduzir que, considerando os pressupostos necessários para se adquirir a personalidade civil, sabidamente, o nascimento com vida, atualmente, para o direito brasileiro, a vida é caracterizada pela respiração do recém-nascido, o que, por sua vez, verifica-se por meio da abertura dos alvéolos pulmonares.

Ademais, pressupõe-se, a partir da análise do título e do capítulo em que se encontra previsto o crime de aborto na legislação penal, notadamente o Título I - Dos Crimes Contra a Pessoa; Capítulo I - Dos Crimes Contra a Vida; da Parte Especial do Código Penal, que o bem tutelado no crime de aborto é a vida. No entanto, de acordo com a legislação civil, o feto, isto é, o estágio de

desenvolvimento intrauterino que ocorre aproximadamente 8 semanas após a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, ainda não é considerado um ser com vida. Dito isso, o que se busca, realmente, preservar com a criminalização do aborto?

Dados da Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), mostram que o procedimento é comum na vida das mulheres do Brasil, perpassando vários grupos sócio-econômicos, de cor, idade, nível de escolaridade e estado civil. Ainda segundo dados da mesma pesquisa, no ano de 2021, aproximadamente 1 em cada 7 mulheres aos 40 anos de idade já havia realizado ao menos um aborto no país (Diniz; Medeiros; Madeiro, 2021).

Referido estudo trouxe ainda a informação de que as mulheres negras e indígenas, sem companheiro, de baixa escolaridade, e vivendo nas regiões consideradas mais pobres do Brasil, correm maior risco de óbito por aborto no país.

Por sua vez, informações levantadas por um estudo da Secretaria de Saúde do Município do Rio de Janeiro acerca dos dados oficiais do aborto no Brasil mostraram que, no período entre 2008 e 2015, o número de internações por procedimentos relacionados ao aborto foi de 200.000 ao ano, sendo que destas aproximadamente 1.600 foram por razões médicas e legais (Cardoso; Vieira; Saraceni, 2020)

Diante de tais números, salienta-se o fato de que a política de criminalização do aborto no Brasil não é exitosa no que se propõe a fazer, isto é, tutelar o bem da vida por meio do impedimento da realização de abortos no país. Na realidade, o que se observa é o contrário: a criminalização do aborto atua de maneira hostil contra os direitos da mulher, sua liberdade, autonomia, saúde e vida.

Frente aos dados, o presente trabalho objetiva se debruçar sob a temática do aborto e sua criminalização à luz da Constituição Federal de 1988, com o intuito de analisar como esse tipo penal afeta a garantia de determinados preceitos constitucionais às mulheres no país, podendo a sua criminalização ser compreendida como uma forma de violência de gênero.

Para a realização do presente trabalho, fez-se uso do método descritivo, haja vista a disposição de se explicar a conjuntura da prática do aborto no Brasil. No tocante à abordagem, o estudo se classifica como quali-quantitativo, uma vez que trabalha com dados que permitem quantificar a incidência do aborto no país ao mesmo tempo que lida com conceitos e interpretações normativas. Utiliza-se, para

tal, extensa pesquisa bibliográfica com informações oriundas de artigos, livros, normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais.

No primeiro capítulo serão expostas as circunstâncias históricas que abarcam a prática do aborto no Brasil e no mundo, bem como a situação jurídica do procedimento no Brasil. Em seguida, o segundo capítulo contém um exame da prática abortiva à luz dos direitos constitucionais que a permeiam, a fim de avaliar de que maneira a criminalização do aborto no país atinge a garantia desses direitos às mulheres. No terceiro capítulo será avaliado de que maneira a criminalização afeta a oferta e o acesso aos serviços de aborto legal no Brasil. Por fim, no quarto capítulo é feita uma observação comparativa entre os efeitos da legalização do aborto na Argentina em contraste com as consequências da criminalização do procedimento na Nicarágua, de maneira a ilustrar as repercussões da legislação abortiva em contextos de legalidade diversos.

2 DA INTERRUÇÃO DO PROCESSO DE GRAVIDEZ

De acordo com as ciências médicas, o aborto é definido pela interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana da gestação, ou quando o feto pesa até 500g ou quando mede até 16,5cm (Sanar, 2019). Para o penalista Cezar Bitencourt, o aborto se caracteriza pela “interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina” (Bitencourt, 2019). No Brasil, a prática é proibida, com apenas 3 exceções.

Atualmente, se observa um posicionamento relativamente favorável à legalização ou maior flexibilização quanto às hipóteses em que se é permitido realizar o procedimento. Nos últimos 30 anos mais de 60 países liberalizaram a prática em suas legislações, dentre eles o Chile, Equador, África do Sul e Suíça. Segundo a ONG Center for Reproductive Rights (Centro pelos Direitos Reprodutivos, tradução nossa) essa maior liberalização deriva do reconhecimento do direito ao aborto como um direito humano fundamental para milhões de pessoas ao redor do mundo (2023).

Dito isso, o aborto continua a ser um procedimento polêmico, perpassado por discussões do âmbito da moral, ética, bioética, direito, saúde etc. Neste capítulo será demonstrada a evolução da percepção da prática abortiva através da história,

sua conexão aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e sua interpretação segundo a lei penal brasileira, a fim de demonstrar as transformações sócio-culturais que respaldam seu status jurídicos, seja ele qual for.

2.1 Aspectos Históricos

O aborto, ao contrário do que muitos pensam, não é uma prática exclusiva ou predominantemente contemporânea, difundida pelos movimentos feministas. Ao contrário, a prática do aborto se faz presente na história da humanidade desde a Antiguidade. Na Grécia Antiga, por exemplo, o aborto era um procedimento comum. No entendimento de Aristóteles, era um método eficaz de controlar a taxa de natalidade das populações gregas (Schor; De Alvarenga, 1994). Já em Roma, entendia-se que, pelo fato do feto integrar o corpo da gestante, esta podia dispor livremente daquele. Com a conversão do Imperador Constantino ao Cristianismo no século IV, o direito romano passa a considerar o aborto um crime grave em razão da incorporação dos valores cristãos, nomeadamente a defesa da vida, na sociedade romana (Matos, 2011).

No século XIX, em consequência do êxodo de moradores do campo em direção às cidades, em virtude da Revolução Industrial, bem como da decadência da qualidade de vida da classe trabalhadora, o aborto acabou por se propalar entre a população humilde, o que representava uma ameaça à classe dominante, que, diante de uma baixa taxa de natalidade, temia uma possível redução no oferecimento de mão-de-obra barata, elemento essencial para o desenvolvimento industrial (Schor; De Alvarenga, 1994).

No século XX, com a ascensão do nazifascismo, a política de aborto adotada nos países em que tal ideologia foi instaurada possuía características eugênicas: a lei nazista distinguia claramente as vidas “dignas”(arianas) e “indignas”(judeus, romani etc), sendo o aborto estritamente proibido para as primeiras - punido com pena de morte -, e exigido para as últimas (Ferree, 2002, p. 27).

No período pós-guerra, a legislação sobre aborto se manteve restritiva até meados da década de 60, quando teve início a segunda onda do movimento feminista. Uma importante novidade deste período veio na forma da pílula anticoncepcional, lançada pela primeira vez na história em 18 de agosto de 1960,

nos Estados Unidos. O advento da pílula anticoncepcional gerou diversas transformações sociais na época, ao proporcionar mais autonomia às mulheres no tocante às suas vidas sexuais e reprodutivas, acabando por se tornar uma ferramenta que ajudou a propelir a inserção da mulher no mercado de trabalho, gerando uma revolução no tocante à sexualidade feminina, uma vez que as relações sexuais entre homens e mulheres, finalmente, podiam ter um cunho estritamente prazeroso ao invés de meramente reprodutivo.

Deste modo, o cenário sócio-político dos anos 60 e 70 contribuiu para uma maior propensão à liberalização da prática do aborto. Estima-se que, em 1976, dois terços da população mundial já viviam em países com legislações mais liberais, tendo a maior parte delas sido aprovadas nessa última década (Schor; De Alvarenga, 1994).

Não obstante, as oscilações políticas, sociais e econômicas sofridas ao longo dos anos levaram certos países a regredir no que tange às suas políticas abortivas. É o exemplo dos Estados Unidos, cuja Suprema Corte em 24 de junho de 2022, no julgamento do caso *Dobbs versus Jackson Women's Health Organization*, revogou as decisões dos casos *Roe vs. Wade* (1973), que reconhecia o direito constitucional das mulheres à interrupção voluntária da gravidez no país, e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* (1992), o qual firmou o entendimento de que os estados da federação americana não podem proibir a realização do aborto até a 23ª semana de gestação.

No que diz respeito ao Brasil, a edição de 2023 da pesquisa *Global Views on Abortion* (Visões Globais sobre o Aborto, tradução nossa), realizada pelo Instituto Ipsos, trouxe dados que revelaram que, dos 29 países estudados, o Brasil se situa dentre os menos favoráveis à legalização do aborto. Na América Latina, o Brasil integra um dos seis países com legislações punitivas contra o aborto, salvo exceções nos casos de estupro, risco de morte à gestante e má formação do feto (Stinson, 2023).

2.2 Direitos Sexuais e Reprodutivos

O movimento em apoio ao reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos, também conhecido como “revolução sexual”, teve seu auge entre as décadas de 60 e 70 nos Estados Unidos, impulsionado pela introdução de novos e

mais acessíveis métodos de contracepção. Com maior controle sobre a maternidade, as mulheres puderam focar em outras áreas de sua vida, afrontando as noções tradicionais de comportamentos relativos à sexualidade humana e relacionamentos interpessoais.

O termo “direitos reprodutivos” foi usado publicamente pela primeira vez em 1984, em Amsterdã, na Holanda, durante o IV Encontro Internacional de Saúde da Mulher. Decidiu-se por utilizar tal terminologia em razão dela englobar de maneira mais abrangente as questões relacionadas à autodeterminação reprodutiva das mulheres (Mattar, 2008). Foi a partir desse momento que a questão dos direitos sexuais e reprodutivos passou a ser encarada como uma questão de direitos humanos, baseados nos princípios da liberdade individual e da igualdade de gênero.

No entanto, os direitos sexuais e reprodutivos só vieram a ser elaborados e, posteriormente, positivados, a partir do reconhecimento de que também diziam respeito ao direito à saúde. Neste sentido, o artigo 12 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW, sigla em inglês), ratificado pelo Brasil em 13 de setembro de 2000, foi um importante dispositivo na luta a favor da reconhecimento desses direitos, dispondo que:

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, **inclusive os referentes ao planejamento familiar**.
(Grifos nossos)

Segundo o Ministério da Saúde, os direitos reprodutivos são entendidos como o “direito das pessoas de decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas. Direito a informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos. Direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição e violência” (Brasil, 2009).

Por sua vez, dentre os direitos sexuais situam-se os direitos de ter relação sexual independente da reprodução e o direito a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e atendimento de qualidade sem discriminação.

À vista disso, Rebecca Cook, jurista, professora e pesquisadora da Universidade de Toronto no Canadá, entende que qualquer lei que restrinja o acesso

e a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos configura uma discriminação que provoca a violação aos direitos humanos das mulheres (1993).

2.3 A Evolução do Aborto dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro

A prática do aborto, de uma maneira ou de outra, vem sendo criminalizada no Brasil desde os primórdios do Estado. Já na primeira codificação criminal da história do Brasil independente, o Código Criminal do Império de 1830, o aborto praticado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, era considerado uma prática ilícita. Destaca-se aqui que a referida legislação, em nenhuma hipótese, condenava a gestante em razão do aborto, não quando ela o praticasse em si (autoaborto), tampouco quando permitisse que outro o fizesse.

Por sua vez, o Código Penal de 1890, além de criminalizar o aborto realizado por pessoa distinta à da gestante, passou a incriminar também o autoaborto, bem como o aborto realizado com consentimento da gestante. No entanto tal codificação previa a aplicação de atenuantes de pena no caso de o aborto ter sido realizado com o objetivo de ocultar desonra própria, não oferecendo, contudo, conceituação para tal expressão. Ademais, distinguia os casos de aborto com base na verificação da expulsão ou não do feto, além de prever agravante de pena na hipótese de morte da gestante.

Por fim, o Código Penal de 1940, em vigência até os dias atuais, manteve a natureza incriminatória no tocante à prática do aborto, prevendo pena: de detenção de um a três anos à gestante que provocar aborto em si mesma ou permitir que outro lhe provoque (art. 124, CP); de reclusão de três a dez anos àquele que sem o consentimento da gestante provocar-lhe aborto (art. 125, CP); e de reclusão de um a quatro anos a quem provocar aborto com o consentimento da gestante.

2.4 Classificação do Aborto na Legislação Penal

Na legislação atual, o crime de aborto encontra-se previsto no Título “Dos Crimes Contra a Pessoa”, no Capítulo “Dos Crimes Contra a Vida”, de maneira que entende-se que o bem jurídico tutelado pela criminalização da interrupção voluntária da gravidez é a vida, mais especificamente a vida intrauterina, diferenciando-se do

crime de homicídio. Como salientado por Bitencourt, o objeto da proteção legal, bem como o estágio de vida protegido, divergem. No tocante ao objeto, não é a vida humana sendo resguardada, mas sua forma embrionária. Já em relação ao estágio de vida, como posto anteriormente, é o intrauterino, compreendido desde o momento da concepção até o início do parto. Sendo assim, uma vez iniciado o trabalho de parto, a supressão da vida configura homicídio, ou ainda infanticídio, se verificadas as circunstâncias previstas no art. 123 do CP (Bittencourt, 2019).

Quanto à classificação doutrinária, trata-se de crime de mão própria nas hipóteses do autoaborto e do aborto consentido. Sendo assim, só pode ser praticado pela gestante, já que só ela pode provocar em si mesma o aborto ou consentir que outro lho provoque. Na hipótese do aborto praticado por terceiro, tendo a gestante consentido ou não, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, tratando-se, portanto, de crime comum, isto é, que não exige qualidade ou condição especial do sujeito.

No que se refere ao sujeito passivo, este é o feto, ou ainda, o produto da concepção, uma vez que o Código Penal não se atenta a diferenciar o feto (a partir da nona semana da gestação), do óvulo fecundado (a partir da penetração do espermatozóide no óvulo) e do embrião (até a oitava semana de gestação), quando das hipóteses do autoaborto e do aborto consentido. Dito isso, optou-se pela terminologia “feto”, quando houver referência ao organismo que se desenvolve dentro do útero da mulher durante a gestação, em razão deste ser o termo mais popular.

Importante salientar que, nos casos de aborto consentido, a gestante não se qualifica concomitantemente como sujeito passivo e ativo, uma vez que o Código Penal não prevê crime de autolesão. Ademais, trata-se de crime de dano, ou seja, que se consuma com a extinção do bem jurídico tutelado - neste caso a morte do feto. Classifica-se também como crime material, pois exige a ocorrência do resultado da ação; crime instantâneo, ou seja, de consumação imediata; e crime doloso, em que o agente prevê e deseja o resultado.

2.4.1 Aborto Provocado pela Gestante

Encontrando sua previsão legal no art. 124 do Código Penal, o aborto provocado pela gestante, ou ainda, autoaborto, tem sua conduta típica caracterizada pelo exercício de manobras abortivas pela própria gestante, sendo assim, somente

esta pode realizá-lo. Neste sentido, como já dito, trata-se de um crime de mão própria, não admitindo a coautoria. Admite, todavia, a participação, como atividade acessória, desde que o partícipe se limite a instigar, induzir ou auxiliar a gestante a praticar o aborto em si mesma, a exemplo de quando o indivíduo fornece à gestante os recursos necessários para a execução do aborto.

2.4.2 Aborto Provocado com o Consentimento da Gestante

Estando também previsto no art.124 do CP, o aborto consentido consitui outro crime de mão própria, dado que cabe somente à gestante permitir a sua execução. Neste sentido, igualmente ao que foi verificado na hipótese de autoaborto, não admite a coautoria. No entanto, para que ocorra a presente tipificação, faz-se necessário que a consumação material do delito, ou o ato executório, seja praticado por terceiro. Sendo assim, é um crime de concurso necessário. Por esta razão, referido tipo penal exige dois elementos para a tipificação da conduta, quais são: a) o consentimento da gestante; e b) a execução do aborto por terceiro. A incidência penal irá variar de acordo com a conduta adotada pelo indivíduo. No caso da gestante que consentir à realização do aborto, esta estará praticando o crime previsto no art. 124 do CP, o qual prediz pena de detenção de um a três anos, enquanto que quem provocar o aborto com o consentimento da gestante pratica o crime previsto no art. 126 do mesmo código, cuja pena é de reclusão de um a quatro anos.

À vista disso, o aborto consentido constitui uma das exceções à teoria monística da ação, ou ainda teoria monista ou unitária, adotada pelo Código Penal de 1940, a qual preconiza que embora o fato criminoso tenha sido praticado por diversos agentes ele permanece único e indivisível, ou seja, implica ainda em um só crime, não havendo diferenciação entre os sujeitos. Por último, o delito em análise admite também o concurso de agente quando do contributo do desempenho da transgressão legal.

2.4.3 Aborto Provocado sem o Consentimento da Gestante

Tipificado no art.125 do CP, tal modalidade abortiva tem como elemento essencial o consentimento da gestante, o qual deve ser imprescindivelmente válido,

significando que a gestante deve ser capaz de expressar sua real, livre e desimpedida vontade quanto à realização do aborto, uma vez que a presença ou ausência do consentimento válido afetará a adequação típica da conduta. Notadamente, havendo o consentimento da gestante não mais se enquadra a conduta no tipo penal descrito no art. 125, presentemente em análise, mas sim no do art. 124, aborto com consentimento da gestante.

No que concerne à ausência de consentimento, pode assumir duas formas: a falta de consentimento real ou a ausência de consentimento presumido. Quanto à primeira forma, ela ocorre quando a gestante não expressa sua vontade, não tem a oportunidade para fazê-lo, ou mesmo quando declara objetivamente sua vontade faz em oposição à sua verdadeira vontade subjetiva. São exemplos de situações em que se configura a falta de consentimento real as ocasiões em que, por motivo de fraude, a gestante não sabe que lhe foi provocado o aborto, ou expressa a sua “vontade” mediante grave ameaça ou violência real praticada por terceiro.

No tocante à ausência de consentimento presumido, esta se verifica quando, mesmo diante da declaração de vontade da gestante em realizar o aborto, tal declaração é tida como nula em razão de determinadas condições pessoais da própria gestante. É o que se observa nas hipóteses em que a pessoa grávida é menor de 14 anos ou apresenta deficiência mental que a impeça de compreender a realidade de que está de frente.

2.4.4 Consumação e Tentativa

O crime do aborto dá-se como consumado uma vez que verificada a ocorrência da morte do produto da concepção em razão da aplicação de técnicas abortivas, não importando se a morte ocorreu no interior ou fora do útero da mãe. Tampouco é relevante se o feto foi ou não expelido do corpo da gestante. Constata-se, portanto, que para haver aborto faz-se necessário que exista um organismo vivo - feto, embrião, ou óvulo - desenvolvendo-se no útero da mulher. Nesta perspectiva, transcorre o cenário de crime impossível, quando o feto já estiver morto antes da aplicação dos meios abortivos, ou quando a mulher não estiver de fato grávida.

Quanto à figura tentada, é admitida no crime de aborto, ocorrendo nas eventualidades em que, por motivos alheios à vontade do agente, não transcorre a morte do feto e, conseqüentemente, a interrupção do processo de gravidez. Bitencourt argumenta que a tentativa de autoaborto não é punível, visto que o ordenamento jurídico não pune a autolesão. Em suas palavras

(...) a tentativa de autoaborto está mais para desistência voluntária ou arrependimento eficaz do que propriamente para tentativa punível, que o próprio Código Penal declara impuníveis, igualmente por razões de política criminal, quais sejam, para estimular o agente a não prosseguir no objetivo de consumir o crime. Por outro lado, eventuais lesões que possam decorrer da tentativa de autoaborto, que poderiam constituir crime em si mesmas, são, como afirmamos, impuníveis (BITENCOURT, 2019).

À vista disso, na realidade, o aborto em sua modalidade tentada só seria punível quando tratando-se do tipo penal descrito no art. 125 do Código Penal, a saber, aborto sem consentimento da gestante, tendo em consideração que, nos demais tipos, o fato do sujeito ativo ser a própria gestante implica na impunibilidade da mesma em virtude do ordenamento jurídico brasileiro não criminalizar a autolesão.

2.4.5 Figuras Majoradas de Aborto

As circunstâncias que acarretam o aumento de pena no crime de aborto encontram-se previstas no art. 127 do CP. Essas incluem a ocorrência de lesão corporal grave ou a morte por efeito do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo. No primeiro caso, decorrida lesão corporal grave, a pena é aumentada de um terço, já no segundo, em que advém a morte da gestante, a pena é duplicada.

As majorantes de pena previstas no artigo 127 são aplicadas somente no advento dos tipos dispostos nos arts. 125 e 126, que se referem a provocar aborto sem e com consentimento da gestante, respectivamente. Isso ocorre porque o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão.

Em sua obra Manual de Direito Penal, Bitencourt chama atenção ao equívoco cometido pelo legislador penal quando nomeou o que são, na realidade, formas de majoração da pena, de “forma qualificada”. Ao contrário das qualificadoras, que introduzem novos elementos ao tipo penal, os quais, por sua vez, aumentam as penas máxima e mínima, as majorantes assim como as minorantes,

compõem a terceira fase da dosimetria da pena, na qual são analisadas as causas de diminuição ou de aumento de pena.

2.4.6 Excludentes de Ilcitude

As hipóteses de aborto legal encontram-se previstas ao longo dos incisos do art. 128 da legislação penal. De acordo com esse dispositivo, não é punível o aborto praticado por médico quando: a) não há outro meio de salvar a vida da gestante; e b) no caso de gravidez resultante de estupro.

No primeiro cenário, a modalidade abortiva, a qual o próprio Código Penal se encarrega de denominar como “aborto necessário”, e que a doutrina apelida também de “aborto terapêutico”, é caracterizada pela interrupção do processo de gravidez quando, em razão da mesma, a gestante estiver correndo risco de vida, não havendo outro meio de salvá-la. Isso configura um verdadeiro estado de necessidade, mesmo em situações em que o perigo de vida não é atual.

Deste modo, verifica-se a exigência de dois requisitos para a configuração do aborto necessário, nomeadamente: a) existência de perigo de vida da gestante; e b) inexistência de outro meio para salvar sua vida. Destes, o requisito básico elementar é o iminente perigo de vida da gestante, não bastando o perigo à saúde, mesmo que este seja de gravidade extrema. Além disso, é imprescindível que o aborto seja o único método capaz de salvar a vida da gestante, não sendo exigido no entanto que o perigo de vida seja atual.

Ademais, o iminente perigo de vida dispensa a concordância da gestante ou de seu representante legal quanto à realização do aborto. É o que se entende por meio da leitura dos arts. 128, I, 23, III, 24, e 146, §3º, todos do Código Penal, que tratam, na devida ordem, do aborto necessário, do estrito cumprimento de dever legal, do estado de necessidade e da intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida.

Em outras palavras, a leitura de referidos dispositivos permite entender que o médico que pratica o aborto necessário, quando há risco de vida à mulher, está agindo no estrito cumprimento de seu dever legal, caracterizando uma das causas de excludente de ilicitude, uma vez que, na condição de garantidor, o médico não pode deixar que a mulher grávida venha a falecer por motivo de inação. Portanto, não estará praticando crime, mesmo que realize o aborto sem o

consentimento da gestante ou de seu representante legal. Isso implica dizer que, estando a gravidez apresentando risco de vida à mulher, o consentimento à realização do aborto é, neste contexto, dispensável.

Dessarte, nota-se que, no cenário em comento, existem dois bens juridicamente tutelados que se encontram em situação de risco: a vida da mulher e a vida do feto. Nessa situação específica, o legislador penal optou por resguardar a vida da mulher em detrimento da do feto, destoando da habitude do Código Penal que, no que diz respeito ao crime de aborto, vinha continuamente salvaguardando os direitos do feto em desfavor dos da mulher.

Agora, tratando da segunda hipótese de aborto legal trazida pela legislação penal, a qual o texto da lei designa como “aborto no caso de gravidez resultante de estupro”, e que a doutrina denomina como “aborto humanitário” ou ainda “aborto ético ou sentimental”. Esta se dá quando a gravidez resulta de estupro ou de outra forma de violência sexual e a vítima, ou seu representante legal, consente com a interrupção da gravidez. O Código Penal não estabelece limites temporais que determinam até quando a vítima do abuso sexual pode optar pela realização do abortamento. Sendo assim, a mulher que engravida por motivo de violência sexual pode decidir por interromper sua gravidez em qualquer momento da gestação. Dito isso, o Ministério da Saúde, por meio de cartilhas e publicações, orienta que o ingresso para atendimento ao aborto legal deve ser realizado até a 20ª ou 22ª semana da gestação. Isso se deve pois, após esse prazo a realização do aborto pode apresentar complicações para a saúde da mulher.

Ademais, o CP também não exige que sejam apresentados documentos, tais como Boletim de Ocorrência (BO), ordem judicial ou laudo do Instituto Médico Legal (IML) para que seja realizado o aborto legal decorrente de violência sexual, sendo suficiente o relato da vítima à equipe médica e a apresentação do termo de consentimento escrito, conforme posto pela norma técnica (Brasil, 2012).

Isso ocorre porque a mulher vítima de violência sexual, embora deva ser orientada a tomar as devidas providências policiais e judiciais adequadas, não tem a obrigação de denunciar a violência sofrida às autoridades competentes. Deste modo, exigir a apresentação de documentos quando da realização do aborto ao passo em que não se exige da vítima que ela busque as autoridades policiais e judiciais em caso de violência, constitui contradição que obstaria a concretização do direito ao aborto legal e à saúde da mulher. No caso da gravidez não decorrer de

estupro, e o médico, tendo sido induzido ao erro, realizar o aborto, o dolo, para além da tipicidade da conduta, é devidamente excluídos em razão do erro de tipo quanto ao procedimento (Brasil, 2012).

Por fim, a terceira modalidade de aborto permitida no Brasil foi a incorporada ao ordenamento jurídico por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. A ADPF é um tipo de ação ajuizada exclusivamente no Supremo Tribunal Federal, como previsto no art. 102, § 1º da Constituição Federal, quando se objetiva evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do poder público. Desta forma, não são todos os preceitos constitucionais que podem ser objetos de uma ADPF, mas tão somente os fundamentais, ou seja, aqueles que se referem aos alicerces da ordem jurídica, tais quais o direito à vida e à saúde.

A ADPF nº 54 foi proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ao STF, com assessoria da ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros), com a pretensão de questionar a constitucionalidade da interpretação segundo a qual o abortamento de fetos anencéfalos com o consentimento da gestante se enquadraria em alguma das hipóteses previstas nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Na audiência pública que precedeu o julgamento foram levantados dados publicados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que indicavam o Brasil como o quarto país do mundo em número de partos de fetos com anencefalia, condição médica caracterizada pela ausência de parte do cérebro, crânio e couro cabeludo em razão de um defeito quando do fechamento do tubo neural durante o desenvolvimento fetal. O prognóstico de bebês que nascem com anencefalia é bastante desfavorável, com a previsão de que, na eventualidade de nascerem com vida, venham a falecer horas ou dias após o nascimento (National Institute of Neurological Disorders and Stroke, 2023).

O julgamento da ADPF nº 54 foi decidido em 12 de abril de 2012. A votação, encabeçada pelo ministro Marco Aurélio Mello, compreendeu o voto de 10 ministros, dos quais 8 votaram “sim”, culminando na declaração de inconstitucionalidade da interpretação que criminalizava a realização de aborto de feto com anencefalia. Por outra forma, é considerado constitucional que a mulher grávida de feto anencefálico opte por realizar ou não o abortamento. Em seu voto, o relator afirmou que

(...) o tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente (Brasil, 2012).

A situação de conflito aparente a que se refere o ministro dá-se em razão de que o feto anencéfalo, ainda que biologicamente vivo, é considerado morto juridicamente. Neste sentido, segundo o relator, “a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica” (Brasil, 2012).

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes declarou entender o aborto de feto anencéfalo como causa excludente de ilicitude em virtude de já ser comprovado que, diante de tal conjuntura, a gestação é tida como perigosa à saúde da gestante, ainda que não tão grave quanto nos casos de aborto necessário. Ademais, no tocante aos danos psíquicos provenientes do diagnóstico de anencefalia e de uma gravidez resultante de estupro, ele arrazoa:

(...) neste último caso, a legislação não pune o aborto em que o feto é perfeitamente saudável, ao passo que a mesma legislação ainda não disciplinou o aborto dos fetos anencéfalos, em que também há o dano psíquico à gestante, aliado à inviabilidade quase certa da vida extrauterina do feto. (...) Essas constatações permitem concluir, conforme afirmei acima, que o aborto de fetos anencéfalos está certamente compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal (BRASIL, 2012).

Já, de acordo com a ministra Cármen Lúcia:

A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se fosse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida (BRASIL, 2012).

A decisão ocorreu anos após a cassação da liminar que, por quatro meses, permitiu que mulheres interrompessem a gravidez nos casos em que fora constatado anencefalia fetal. Para aqueles que apoiam o resultado da ADPF a mesma representa um marco na luta pelos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Conforme a resolução nº 1.989/2012 do Conselho Federal de Medicina, para que seja realizada a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é necessário apresentar o exame de ultrassonografia com o diagnóstico da anencefalia com a assinatura de dois médicos bem como apresentar o termo de consentimento da gestante.

Para mais, considerável apontar que recentemente a ministra Rosa Weber proferiu seu voto como relatora da ADPF nº 442 proposta ao STF em 2017 pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) com apoio da ANIS Instituto de Bioética, que debate acerca da possibilidade de descriminalização do aborto até a 12ª semana da gestação. A ação questiona a compatibilidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal, que tratam das hipóteses do autoaborto e do aborto consuetudário, respectivamente, com preceitos fundamentais como a vida, dignidade, liberdade e saúde.

Em seu voto a ministra Rosa Weber dispôs:

(...) Diante das determinações convencionais direcionadas ao legislador, tenho por evidenciado que a legislação penal, em seus arts. 124 e 126 do Código Penal, ao criminalizar a interrupção voluntária da gravidez de forma irrestrita, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais das mulheres. Tampouco observa as obrigações convencionais, permanecendo imutável nas últimas três décadas, a evidenciar a falha do legislador em conferir eficácia ao conteúdo dos direitos fundamentais sexuais e reprodutivos das mulheres, em especial a dignidade da pessoa humana, tal como moldado o conteúdo desses direitos nos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil (BRASIL, 2023).

Nesse sentido, o voto da ministra reconhece de que maneira a legislação penal hodierna viola a garantia dos direitos constitucionais das mulheres e mostra-se obsoleta diante do cenário sócio-político e cultural que vivenciamos hoje, além de configurar um problema de saúde pública. Presentemente o julgamento da ação está suspenso e não foi estabelecida data para que seja retomado, mas, em razão da relevância do tema, as expectativas para sua continuação são altas, haja vista as consequências da criminalização do aborto na vida das mulheres no Brasil.

3 APRECIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS ARRAZOADOS PELA PRÁTICA DO ABORTO

A Constituição Federal brasileira de 1988, deve ser considerada como o conjunto de normas e preceitos responsáveis por reger todo o ordenamento jurídico do país. Deste modo, as leis brasileiras devem sempre ser formuladas e aplicadas à luz da Magna Carta, de maneira que sejam respeitadas e garantidas todas as disposições lá assentadas.

Dentre as precípuas determinações aduzidas na Constituição Federal, destaca-se a ampla garantia aos direitos fundamentais, direitos essenciais ao ser humano, de modo que devem ser assegurados a todos os indivíduos protegidos pela Constituição. Além disso, o texto constitucional, no art. 5º, §1º, confere imediatividade aos direitos fundamentais, estabelecendo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, devem ser aplicadas a partir do momento da promulgação da Constituição, não dependendo de instrumentos alheios à Lei Maior para surtir efeitos.

A eficácia e aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais agem em dois planos distintos e complementares quanto a sua eficácia: vertical (Estado-indivíduo) e horizontal (indivíduo-indivíduo), com vistas a impedir a ocorrência de abusos e excessos inconstitucionais tanto na atuação estatal, como também nas relações privadas e sociais (Moraes, 2022).

Tratando-se do aborto, há de se questionar se o Código Penal, elaborado a mais de oitenta anos, se encaixa nos ditames estabelecidos pela CF/88. O contexto em que a lei penal foi criada em muito diverge do contexto social, político e científico contemporâneo. Dito isso, é imprescindível analisar a legislação do aborto sob a luz da Magna Carta e pesar em que medida ela acompanha o desenvolvimento social e jurídico no Brasil.

3.1 Direitos Fundamentais

Tratados no Título II da Constituição Federal, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, os direitos fundamentais abarcam o conjunto de normas legais essenciais à proteção do indivíduo, havendo sido desenvolvidos em atenção ao princípio da dignidade humana, segundo o qual todo ser humano possui valor em si mesmo, que lhe é intrínseco, devendo-lhes, portanto, ser garantidas todas as necessidades básicas para que tenham uma existência digna. O princípio da

dignidade humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e encontra sua previsão legal no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988.

Os direitos fundamentais encontram-se distribuídos ao longo dos arts. 5º ao 17 da Constituição Federal, compreendendo cinco capítulos que tratam, respectivamente, dos direitos individuais e coletivos, sociais, da nacionalidade, políticos e dos partidos políticos, os quais abarcam os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à saúde e outros. Todavia, é impreterível apontar que o rol dos direitos fundamentais não é taxativo, posto que o §2º, do art. 5º explicita que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em certos casos, tal qual acontece no aborto, ocorre de os bens jurídicos tutelados, neste quadro, os direitos fundamentais, incidirem, concomitantemente, sobre a mesma situação fática e jurídica, gerando uma colisão entre os direitos, circunstância em que a garantia do exercício de um direito implica na lesão do direito de outro titular.

Para a solução de tal imbróglio utiliza-se do princípio da proporcionalidade, por meio do qual se pondera a prevalência de um direito sobre o outro na medida em que seja necessário para resguardá-lo. No entanto, em certos casos, o exercício simultâneo dos direitos em conflito pode se mostrar impossível, significando que a concretização de um direito afasta a concretização do outro, transcorrendo a colisão excludente. Isso demonstra que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados à proporção do conflito de interesses em apreciação.

No que diz respeito à interrupção voluntária da gravidez, reconhece-se que o cerne da discussão gira em torno da garantia dos direitos fundamentais do feto versus da mulher e vice-versa. E mais, da incidência simultânea desses direitos, obrigando a relativização da concretização do direito de um em desfavor do outro. Relativamente ao direito à vida, entende-se que detém maior valor frente aos demais direitos fundamentais, visto que estes dependem, indiscutivelmente, da existência de vida para que sejam exercidos por seus titulares. Inobstante a isso, é importante destacar que, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida não é absoluto, o que se evidencia, por exemplo, mediante a permissão da realização de aborto em caso de estupro.

3.1.1 Direito à Vida

Dentre os direitos fundamentais devidamente positivados na Constituição Federal, o direito à vida é possivelmente o mais importante, uma vez que configura premissa incontestável e imprescindível para o exercício das demais normas fundamentais. Sem vida humana, não há como exercer outros direitos, tampouco há necessidade para eles e sua consequente proteção.

O direito à vida encontra sua previsão constitucional no art. 5º, caput, no capítulo dos Direitos Individuais e Coletivos da CF/88, devendo ser interpretado como abrangendo tanto o direito de não ser privado de sua vida, assim como o direito de ter uma vida digna (Lenza, 2022). Eis o texto de referido dispositivo, in verbis: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

No que tange à temática do aborto, um de seus aspectos mais controversos dá-se em razão da dificuldade em conceituar o que é vida, ou ainda, quando ela tem início. Tal dificuldade cumpre-se por efeito da diversidade de perspectivas, embasados por um conjunto de convicções próprias, que versam sobre a vida, o que é e quando começa.

A dúvida acerca do que exatamente caracteriza a vida, a falta de algo tangível, claro e definitivo, é um dos principais fatores que contribuem para o desabono da interrupção voluntária da gravidez. Ninguém deseja tirar a vida de ninguém. Neste sentido, seria possível que a discussão ao redor do aborto fosse muito menos hostil se a ciência determinasse, certo e indubitavelmente, o momento em que o ser humano adquire a vida.

De uma maneira generalizada, a conceptualização do que vem a ser vida pode ser baseada em uma de três vertentes: religiosa, médico-científica e jurídica. Em razão do Brasil ser um país predominante cristão (cerca de 86% da população de acordo com o IBGE, 2010). O cristianismo desempenhou um papel fundamental na colonização do país e, por conseguinte, influencia costumes e leis.

Para o cristianismo, a reprimenda em relação à interrupção voluntária da gravidez deriva da noção de que a vida é o dom divino mais precioso concedido aos

seres humanos por Deus. Portanto, não cabe às pessoas decidir em quais situações é permitido dispor da vida humana. Ademais, para o cristianismo, a vida tem origem desde a fecundação, razão pela qual o aborto provocado é injustificável em qualquer hipótese.

A vida é o meio pelo qual se tem contato com o Criador, tornando-a, portanto, sagrada, de modo que a interrupção voluntária da gravidez representa um atentado contra o próprio Deus e é motivo de excomunhão para o Direito Canônico: Cân. 1398 — Quem procurar o aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão *latae sententiae* (Canonici, 1983).

Por sua vez, as ciências médicas possuem diversas correntes que ponderam acerca do marco de início da vida, sendo uma das de maior destaque a teoria de que a vida começa a partir do momento em que se formam as primeiras terminações nervosas e têm-se o início da atividade cerebral. Esta teoria segue uma lógica inversa à definição da morte, que é caracterizada pelo fim da atividade cerebral. Em outras palavras, se, para a medicina, a vida finda com a interrupção da atividade cerebral, é congruente definir seu início com o começo da mesma. Além disso, é relevante apontar que a morte encefálica consiste também na definição legal de morte, conforme previsto no art. 3º da Lei n. 9.434/1997, que trata dos transplantes de órgãos. Eis referido dispositivo:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. (Brasil, 1997) (Grifos nossos).

No que diz respeito à conceituação jurídica, o direito brasileiro também não apresenta uma definição concreta do que é a vida, nem mesmo de quando esta se inicia. No entanto, essa identificação se faz essencial, uma vez que, fundamentado nela, pode-se dizer de maneira coesa, a partir de qual momento o ser que se encontra no útero da mulher grávida é considerado vivo e, em razão disso, adquire personalidade jurídica, devendo ser então protegido pelo Estado.

Da maneira que se encontra hoje, o ordenamento jurídico brasileiro não adotou um entendimento homogêneo sobre o que constitui a vida. O Código Civil de 2002 dispõe em seu art. 2º que a personalidade civil da pessoa começa do seu

nascimento com vida, caracterizado pela respiração do recém-nascido (abertura dos alvéolos pulmonares). Tal entendimento está em conformidade com o disposto na Resolução nº 001, de 1988, do Conselho Nacional de Saúde, art. 29, VI, que estabelece: “Nascimento Vivo – é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta;” (Brasil, 1988).

De acordo com a legislação civil, portanto, a vida se determina em razão da primeira respiração. Consequentemente, o ser humano só adquire a vida fora do útero da mãe.

Todavia, a continuação do dispositivo 2º do CC/2002 prevê também a proteção do nascituro desde a concepção, sendo o nascituro entendido como o ser que já foi concebido, que se encontra na expectativa de nascer, mas que ainda não saiu do útero da mulher. Diante do reconhecimento dos direitos do nascituro, “aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu” (Tartuce, 2020), dentre eles o direito à vida, questiona-se novamente se, afinal, o feto tem ou não vida, ou ainda, expectativa de vida.

De acordo com a teoria natalista quanto à situação jurídica do nascituro, este só adquire a personalidade civil diante do nascimento com vida, do contrário, não é pessoa e, consequentemente, não possui direitos da personalidade a serem resguardados, dentre os quais o direito à vida. Por seu turno, a teoria da personalidade condicional entende que os direitos do nascituro são direitos eventuais, isto é, estão sujeitos a uma condição suspensiva, qual seja o nascimento com vida. Diante da semelhança desta teoria com a anterior, na compreensão de Tartuce, a teoria da personalidade condicional é “essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida.” (Tartuce, 2020). Já a teoria concepcionista da condição jurídica do nascituro afirma que o nascituro é pessoa humana, tendo adquirido sua personalidade a partir da concepção, e que seus direitos são protegidos por lei. Logo, sendo pessoa humana, dotado de personalidade civil, infere-se que para esta teoria o nascituro, ser já formado mas que ainda não nasceu, é provido de vida, a qual deve ser devidamente resguardada pelo Estado.

Para o Direito Penal, a vida se inicia com a fixação do embrião na parede do endométrio, o tecido que reveste o interior do útero da mulher. Essa fase do ciclo de gravidez é denominada de nidação. Via de regra, a falha na fixação do embrião

na parede uterina implica na interrupção do processo de desenvolvimento do feto, resultando no fim da gestação. Entretanto, excepcionalmente, ocorre de o embrião se fixar e se desenvolver fora da cavidade uterina, no ovário, nas tubas uterinas, no colo do útero e em outras regiões do corpo da mulher, por exemplo. Esse cenário é denominado de gravidez ectópica.

A gravidez ectópica, em face do seu caráter incomum, não é compatível com o processo de desenvolvimento do feto, apresentando vários riscos à vida da mulher, de maneira que, objetivando salvar a vida da gestante, é necessária a sua interrupção. Nesse sentido, a gravidez ectópica encaixa-se em uma das hipóteses de aborto legal previstas no Código Penal, especificamente, a do “aborto necessário”, preceituada no art. 128, I.

Tudo isso para afirmar que, novamente, em face da legislação penal que regula o aborto e criminaliza todas as hipóteses de interrupção voluntária da gravidez, salvo as previstas no artigo 128, incisos I e II, bem como a hipótese julgada por meio da ADPF nº 54, o Código Penal nos leva a entender que, segundo ele, a vida tem início a partir da nidação. Isso porque, desde que seja uma gravidez saudável, é vedado o abortamento do feto, sob o entendimento de resguardar a sua vida.

Já no que se refere à vida da mulher, e/ou ainda da mulher grávida, não há dúvidas quanto à sua qualidade de ser vivo. No entanto, como visto anteriormente, a Constituição Federal brasileira não resguarda somente a vida dos indivíduos, mas também seu direito a uma vida digna, que engloba, por exemplo, o direito de poder fazer suas próprias escolhas pessoais, incluindo a decisão de ter, ou não, filhos.

3.1.2 Dignidade da Pessoa Humana

Um dos fundamentos que orientam as normas da República Federativa do Brasil, constituindo um reflexo de seus valores e diretrizes basilares, é precisamente a dignidade da pessoa humana, encontrando sua previsão no texto constitucional no art. 1º, inciso III. A dignidade é um pressuposto natural de todo ser humano, dispensando oferta ou reivindicação, uma vez que cada indivíduo, independentemente de sua condição neste mundo, possui um valor intrínseco a si mesmo, impossível de ser sopesado.

Dá-se o crédito ao filósofo alemão Immanuel Kant por desvincular o conceito de dignidade humana do enquadramento religioso, em especial judaico-cristão, segundo o qual o homem possui valor por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, devendo todos serem tratados igualmente, inobstante suas posses, qualidades e nobreza (Ribeiro, 2012).

Destoando de tal percepção, Kant introduziu em sua obra “Fundamentação da metafísica dos Costumes” a noção moderna de dignidade humana, que enxerga o ser humano como um fim em si mesmo e, como tal, é dotado de vontade própria (Ribeiro, 2012). Nas palavras do filósofo:

(...) o homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. (Kant, 2019)

Novamente, destaca-se a importância da vontade para a formulação do conceito de dignidade humana segundo Kant. Como ele mesmo explica:

(...) A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objectivo da sua autodeterminação é o fim [Zweck], e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. (Kant, 2019)

Esse pensamento serviu como embasamento para a universalização da dignidade humana, ratificada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, atuando também como fundamento dos demais direitos (Masseti; Dallari, 2018), reconhecendo todos os indivíduos como seres livres, sem qualquer tipo de discriminação, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra (ONU, 1948).

Sendo assim, encontram-se as mulheres dentre os abarcados pelos preceitos dispostos da DUDH, tendo em vista que esse documento assegura a igualdade entre homens, mulheres e outros, recriando toda forma de discriminação contra os seres humanos. Neste sentido, as mulheres grávidas, na

condição de seres humanos, têm sua dignidade constitucionalmente protegida, sendo um direito natural seu, decorrente de seu nascimento (Sousa, 2020).

Em sua obra, *Direito Constitucional*, Alexandre de Moraes conceitua a dignidade da pessoa humana como sendo

(...) um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (Moraes, 2022)

Desta maneira, percebe-se a correlação entre o conceito de dignidade humana e o respeito à autonomia de vontade. A autonomia da vontade consiste na propriedade que o indivíduo tem para deliberar e determinar questões que dizem respeito à sua vida privada consoante suas predileções, garantindo desta forma, o poder de autodeterminação do indivíduo (Marmelstein, 2019).

No entanto, no que diz respeito às mulheres grávidas que desejam realizar um aborto, independentemente de suas razões para fazê-lo, mas cuja gravidez não se encaixa em nenhum dos cenários excludentes de ilicitude compreendidos pelo direito brasileiro, observa-se a violação de seu direito fundamental à dignidade. Esse direito compreende o exercício de seu livre arbítrio e autodeterminação para decidir questões que dizem respeito a sua própria vida de forma autônoma e independente.

3.1.3 Direito à Igualdade

O art. 5º da CF/88 prevê em seu caput a igualdade entre todos perante a lei e, mais adiante, no inciso I, reforça a igualdade entre homens e mulheres ao estabelecer que estes “são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Todavia, não se pode esquecer do princípio da isonomia, tido como premissa do próprio conceito de justiça, que preconiza o tratamento dos desiguais na medida de suas desigualdades como essencial para o reconhecimento identitário dos variados grupos sociais e as circunstâncias únicas que perpassam cada um.

No que concerne às mulheres, não há como negar o legado e os impactos de uma sociedade patriarcal, que se baseia numa inautêntica e traiçoeira ideia de inferioridade das mulheres em relação aos homens, que dura até hoje. (Barroso, 2023). Dentre as variadas formas através das quais a discriminação e a violência de gênero se manifestam no país pode-se citar: o alto índice de feminicídios, a diferença salarial entre homens e mulheres que ocupam a mesma função no trabalho, e a criminalização do aborto.

O impedimento à realização do aborto legal e seguro atinge as mulheres que desejam interromper sua gravidez de maneira desproporcional. Além de restringir a autonomia da mulher, a criminalização do aborto reforça o preconceito contra a prática de uma maneira geral e contra as mulheres que desejam realizá-la, incluindo as hipóteses em que o procedimento é realizado legalmente. Ademais, longe de prevenir a prática do aborto no país, a criminalização impele as mulheres que querem interromper sua gravidez a recorrer a vias clandestinas, o que põe em risco a sua saúde e potencialmente sua vida.

Em adição a isso, a criminalização do aborto também afeta as mulheres de maneira desigual no que diz respeito a suas características sociais, tais como raça e classe social, para além das de gênero. Segundo dados da Pesquisa Nacional do Aborto de 2021, organizada pela professora e antropóloga Débora Diniz, as mulheres negras e indígenas com menor escolaridade e residentes em regiões mais pobres do país compõem maioria das que realizaram um aborto no Brasil. Consequentemente, estão dentre as mais vulneráveis aos procedimentos inseguros. De acordo com a mesma pesquisa, 43% das entrevistadas precisaram ser hospitalizadas para concluir o procedimento do aborto.

Resta evidenciado, portanto, que a criminalização do aborto fere o direito à igualdade em três planos: gênero, raça e classe social, sendo estes intrinsecamente conectados. Conforme aponta Emanuelle Goes, coautora do artigo e pesquisadora associada do CIDACS (Centro de Integração de Dados e Conhecimentos para Saúde)

Existem desigualdades raciais em todas as edições da Pesquisa Nacional de Aborto. São sempre as mulheres negras que mais realizam abortos. São sempre as mulheres negras as mais vulneráveis ao aborto e consequentemente ao aborto inseguro. Então, esse resultado vai se somar a outras pesquisas sobre as desigualdades raciais nos direitos reprodutivos, pois as mulheres pretas e pardas são as que mais morrem com

procedimentos inseguros. Esse é um debate importante que aponta para a necessidade da descriminalização. (Campos, 2023)

Neste sentido, é necessário enxergar a possibilidade da descriminalização do aborto, realizado de maneira segura e devidamente incorporado dentro do Sistema Único de Saúde (SUS), como mais um passo em direção à garantia da igualdade de igualdade entre as mulheres, em especial no que diz respeito à raça e classe social. Do contrário, caso o país siga com a proibição, as mulheres negras, indígenas e de classes sociais mais pobres continuarão a sofrer desproporcionalmente, caso pretendam interromper sua gravidez.

3.1.4 Direito à Liberdade

Conforme leciona Luis Roberto Barroso, o direito à liberdade previsto no art. 5º da CF/88 diz respeito a uma liberdade geral, que precede a especificação, isso porque, frente à constante evolução e consequente transformação do direito, a enumeração pormenorizada das liberdades daqueles que englobam o Estado Democrático de Direito se provaria uma tarefa exaustiva e essencialmente impossível. Dessa forma, o acatamento a um direito geral à liberdade possibilita o reconhecimento de direitos que não foram positivados constitucionalmente, por exemplo, o direito à interrupção voluntária da gravidez (Barroso, 2023).

No que diz respeito ao conceito de liberdade, explicita Barroso, “significa autodeterminação para fazer as próprias escolhas existenciais sem interferências externas indevidas, bem como a possibilidade real de realizar essas escolhas” (Barroso, 2023).

Jorge Miranda, em sua obra, “Direitos Fundamentais: Uma perspectiva de futuro”, chega a tratar especificamente acerca da liberdade de autodeterminação, sobre tal, ele diz “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade garante a cada pessoa o respeito a sua individualidade e vontade. (...) esse direito permite ao ser humano decidir o futuro de seu ser” (Miranda, 2013).

Para a filósofa norte-americana Judith Thomson, a liberdade abrange o direito da mulher de determinar o que acontece para com seu corpo, isso inclui o direito de abortar (Thomson, 1971).

Mais uma vez, a discussão se volta ao direito de autodeterminação, discutido em um subtítulo anterior, mas que naturalmente retorna à pauta, desta vez

sob a ótica do direito à liberdade. Isso ocorre devido à correlação entre os direitos fundamentais, de modo que vários direitos podem incidir sobre a mesma situação fática.

No presente texto, argumenta-se como a criminalização do aborto, baseada na premissa de defesa da vida do feto, prejudica o pleno gozo dos direitos fundamentais pelas mulheres gestantes que desejam interromper a gestação. Se à mulher é assegurado o direito à liberdade, que abarca seu direito à autodeterminação, ou seja, seu direito de determinar sobre matérias de sua vida privada, a exemplo da maternidade, de acordo com suas propensões, e também o direito de deliberar acerca do que acontece com ou no seu corpo, então a mulher deveria ter direito ao aborto seguro e legal, caso contrário não lhe é garantida a liberdade plena.

Em cartilha sobre o aborto, a Sempreviva Organização Feminista (SOF) pôs que “Para serem livres, as mulheres devem ter os seus corpos livres e respeitados. A liberdade e a autonomia passam pela liberdade de ter a posse de si: controlar o corpo é parte de toda a individualidade.” (SOF, 2018).

Se é fundamental para todo ser humano que ele ou ela seja livre para tomar decisões que dizem respeito à sua vida particular e à maneira como deseja construí-la, baseando-se em seus seus interesses, vontades e aspirações, por que uma mulher com uma gravidez indesejada é obrigada a levar essa gravidez até o fim?

Para as professoras Valeska Zanello e Madge Porto, responsáveis pela escrita do texto “Aborto e (não) desejo de maternidade: questões para a Psicologia”, organizado pelo Conselho Federal de Psicologia, “houve uma naturalização das funções sociais historicamente atribuídas às mulheres (dedicação, docilidade, abnegação, sacrifício), maternidade e feminilidade se tornaram sinônimos.” (Zanello; Porto, 2016). Nesse sentido, recusar a maternidade significa recusar a identidade que foi socialmente construída à mulher. Assim sendo, o aborto se caracteriza como uma ferramenta que põe em risco toda uma ordem social e familiar erguida sobre a noção de vínculo entre o feminino e a maternidade.

Ainda, de acordo com a jornalista e cientista política Flávia Biroli,

A fusão entre o feminino e o maternal tem sido um dispositivo importante de controle sobre as mulheres e a denúncia da maternidade compulsória esteve relacionada desde o início às lutas pela igualdade de gênero. Sem o direito a controlar sua capacidade reprodutiva, a autonomia na definição de suas trajetórias de vida é fundamentalmente comprometida. (...) A recusa ao direito ao aborto mantém na legislação concepções diferenciadas do indivíduo e do direito que têm de definir o que se passa no e com seu corpo, do direito à integridade física e psíquica e à dignidade. (Biroli, 2017)

Diante de tal, evidencia-se a criminalização do aborto como, também mas não exclusivamente, uma forma de violência de gênero que, como de praxe, se baseia nos estereótipos historicamente reproduzidos sobre a figura da mulher e de seu papel na sociedade. Esses estereótipos, no entanto, não abrangem o espectro completo do que realmente significa ser mulher. Tomando como base o direito à dignidade humana, cada mulher deve ter o direito de decidir por si mesma. Em outras palavras, em respeito ao direito à dignidade humana, a maternidade deve decorrer de uma escolha livre e consciente da mulher, não deve ser imposta pelo Estado.

Para encerrar este subtítulo, um trecho do voto da ministra do STF, Rosa Weber, no Habeas Corpus nº 124.306/RJ :

Questões de ordem ética e moral sobre o aborto são deveras importantes para a formação e consciência da comunidade social, todavia, elas pertencem à esfera da moral privada. Cada pessoa tem sua esfera privada, moral e ética de como se comportar e agir em sociedade, a partir de convicções próprias. Contudo, o espaço da moral privada não pode ser confundido com a esfera da responsabilidade pública, e principalmente com o espaço de atuação do Estado de Direito, na restrição dos direitos individuais da pessoa. Ao contrário, a responsabilidade pública exige a abdicação de ética privada em detrimento de uma moralidade comum. (Brasil, 2016)

3.1.5 Direito à Saúde

O direito à saúde compõe o conjunto de direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 88. O art. 196 da CF/88 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser assegurado por meio da aplicação de políticas públicas de cunho social e econômico. Essas políticas têm o objetivo de reduzir o risco de doenças e outros agravos, bem como garantir o acesso universal e igualitário a ações e serviços que promovam, protejam e auxiliem no processo de recuperação.

Por sua vez, a saúde, conforme conceituada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), não se limita à mera ausência de doenças ou enfermidades, mas envolve um estado de completo bem-estar físico, mental e social (OMS, 1946).

Com relação ao aborto, esta é uma prática existente no Brasil. Aos 40 anos, 1 em cada 7 mulheres já realizou pelo menos um aborto, destas, 43% foram hospitalizadas, conforme revela a Pesquisa Nacional do Aborto de 2021. Ademais, segundo a OMS, o aborto inseguro está dentre as cinco principais causas de morte materna ao redor do mundo (OPAS, s.d.). No Brasil, o Ministério da Educação aponta as complicações do aborto como uma das quatro principais causas de morte materna no país (Brasil, 2021).

Segundo o Ministério da Saúde, entende-se por morte materna

a morte de uma mulher durante a gestação ou até 42 dias após o término da gestação, independentemente da duração ou da localização da gravidez. É causada por qualquer fator relacionado ou agravado pela gravidez ou por medidas tomadas em relação a ela. Não é considerada morte materna a que é provocada por fatores acidentais ou incidentais. (Brasil, 2007)

Ainda de acordo com a OMS, dentre as razões para o alto índice de abortos inseguros no mundo estão a criminalização, restrições quanto ao período em que o aborto pode ser realizado e a necessidade de aprovação por terceiros, como membros da família ou instituições, para citar alguns.

No Brasil, a criminalização do aborto induz as mulheres que desejam abortar a procurar métodos clandestinos, o que as impede de receber o devido atendimento médico e resulta na utilização de procedimentos inadequados. Isso aumenta o risco de haver complicações, como hemorragias e infecções, que, quando ocorrem, demoram a ser tratadas devido ao medo da condenação pelo Estado, o que as impede de procurar os serviços de saúde quando necessário (Medeiros; Rondon, 2021).

Mesmo diante disso, os números mostram que a incidência de abortos ainda é relativamente alta no Brasil. Percebe-se então que, contrária à sua intenção, a criminalização do aborto não tem como efeito a proteção da vida, mas, paradoxalmente, põe em risco a vida da gestante que deseja interromper sua

gravidez, ou ainda, a manutenção da gravidez indesejada pode ser motivo de intenso sofrimento psicológico para a mulher que não deseja um filho. Por seu turno, quando realizado fora da clandestinidade, com o devido acompanhamento médico, com profissionais treinados e preparados, o aborto é uma operação segura e sem recorrentes complicações, que respeita a autonomia da pessoa gestante e protege sua saúde física e mental. Diante dessa realidade, a Organização Mundial da Saúde lista como orientações para o combate ao aborto inseguro a descriminalização total do aborto, além de desaconselhar leis e outras regulamentações que restrinjam o aborto por fundamento ou que proíbam o aborto em razão da idade gestacional (OMS, 2022).

4 A REALIDADE DO ABORTO NO BRASIL

Devido à condição de crime, o levantamento de dados acerca da prática do aborto no Brasil é prejudicada. Mesmo aquelas que realizam o procedimento dentro das hipóteses legais sentem-se constrangidas em admitir que o fizeram, com medo de se tornarem alvos de algum tipo de preconceito ou violência. Basta lembrar o caso da criança de 10 anos no Espírito Santo que acabou engravidando após ter sido sexualmente violentada por um familiar. Em razão da gravidez decorrer de estupro, a menina tinha o direito de realizar um aborto legal, que foi permitido por sua família, visto que a vítima era menor de 14 anos (Globo Notícias, 2022).

No entanto, após o vazamento de informações privadas que possibilitaram a identificação da criança e de seus familiares, eles passaram a ser assediados por grupos de pessoas contrárias ao aborto. Um contingente dessas pessoas chegou a realizar um protesto em frente ao hospital onde o procedimento foi realizado, na cidade de Recife. Frente a toda essa repercussão, a família da vítima concordou em participar do PROVITA (Programa de Apoio e Proteção às Testemunhas, Vítimas e Familiares de Vítimas da Violência), que prevê a mudança de identidade e endereço aos assistidos (Globo Notícias, 2022).

Esse caso serve, mais uma vez, para demonstrar que a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não se mostra como uma estratégia eficaz para impedir a realização de abortos no Brasil, o que também é evidenciado pelas estimativas do número de procedimentos abortivos realizados anualmente, que chegam a aproximadamente 1 milhão, segundo o Ministério da Saúde (COFEN,

2018). No entanto, a criminalização configura-se como um artifício que acaba por marginalizar todas as mulheres que optam por realizar o procedimento.

Sendo assim, neste capítulo, pretende-se analisar e expor as circunstâncias que restringem a realização de um aborto no Brasil, seja ele clandestino ou legal, atentando, no entanto, ao fato de que a clandestinidade acaba afetando a visão geral da interrupção voluntária da gravidez, interferindo na vida daquelas que optam por realizá-la.

4.1 Aborto, Clandestinidade e Saúde Pública

Dada a magnitude de abortos inseguros realizados anualmente no Brasil, aliado ao número de mortes maternas causadas por esses procedimentos, bem como as hospitalizações motivadas pelo mesmo procedimento, é imperativo considerar o aborto inseguro como um problema que ultrapassa os limites do Direito, caracterizando-se também como uma questão de saúde pública.

O Brasil é capaz de realizar procedimentos de interrupção voluntária de gravidez de maneira eficiente e segura quando amparados pela lei. Todavia, nas situações em que a interrupção é feita de forma clandestina, sem o apoio de profissionais capacitados e instalações devidamente equipadas, o aborto pode resultar em sérias consequências para saúde da mulher, incluindo sua morte.

Durante a audiência pública atinente ao debate da ADPF nº 442, que discute a possibilidade da descriminalização do aborto até o 3º mês da gestação, foi revelado que cerca de 250 mil hospitalizações são realizadas anualmente em decorrência dos procedimentos inseguros de aborto no Brasil (COFEN, 2018).

De acordo com um levantamento elaborado pelo G1, com base em dados disponíveis no DataSUS, no primeiro semestre de 2020, foram realizados 80.948 atendimentos relacionados a abortos mal sucedidos, provocados ou espontâneos, em comparação com 1.024 abortos legais. Isso equivale a uma proporção de 1 aborto legal a cada 79 clandestinos ou espontâneos (Acayaba; Figueiredo, 2020). Esses atendimentos naturalmente importam um custo ao sistema público de saúde. Em uma década, de 2008 a 2017, o sistema de saúde brasileiro gastou aproximadamente R\$500 milhões com internações relacionadas a complicações no processo de interrupção da gravidez, 75% tendo sido provocados (Collucci; Faria, 2018). No ano de 2020, até o mês de junho, o montante gasto pelo sistema público

de saúde do Brasil com procedimentos pós-abortos incompletos, como curetagens e aspirações manuais intrauterinas, que são os processos cirúrgicos mais comuns nas hipóteses de aborto induzido, foi 30 vezes maior (R\$14,29 milhões) do que os gastos com abortos legais (R\$ 454 mil) (Acayaba; Figueiredo, 2020).

Esses números servem para ilustrar o ônus monetário gerado pela criminalização do aborto para a administração pública. Sem poder realizar o aborto de forma segura, o que só é ofertado às gestantes cuja gravidez se encaixa em uma das três hipóteses de interrupção legal da gravidez (gravidez resultante de estupro, que apresenta risco à mulher, e em caso de anencefalia do feto), as mulheres que procuram interromper sua gravidez mas que não podem fazê-lo dentro dos limites da lei, submetem-se aos perigos dos procedimentos realizados em clínicas clandestinas com métodos inadequados.

Como consequência, quando realizado na clandestinidade, de maneira precária sem o devido atendimento médico, o aborto apresenta maiores chances de desenvolver complicações pós-operatórias. Nesses casos, as vítimas, com medo de serem denunciadas às autoridades policiais, evitam procurar assistência médica de imediato. No entanto, essa hesitação acaba por contribuir para o desenvolvimento de um quadro de saúde mais grave (Medeiros; Rondon, 2021).

Um estudo realizado no Brasil revelou que a porcentagem de complicações pós-aborto é mais recorrente em mulheres cujo procedimento é realizado fora de um hospital, clínica ou consultório, em sua casa ou de terceiros. Similarmente, o procedimento apresenta mais riscos àquelas que fizeram o aborto com métodos inadequados, como sondas ou agulhas, quando comparado às que recorreram à curetagem, aspiração ou remédios - métodos comumente utilizados para realização do aborto legal (Hardy; Alves, 1992).

Em contrapartida, quando o procedimento abortivo é feito de forma segura, com profissionais instruídos e em um ambiente adequado, os riscos de surgirem complicações são ínfimos. Segundo a Organização Mundial de Saúde, a estimativa de complicações advindas de abortos efetuados com medicamentos confiáveis, tais quais o misoprostol e mifepristone, recomendados pela própria OMS, é baixa, com cerca de 2% a 5% das mulheres tratadas com tais medicamentos vindo a precisar de intervenção médica posterior (OMS, 2012). Por outro lado, longe de inibir a ocorrência de abortos, as restrições legais ao procedimento acabam por contribuir com a procura de métodos abortivos inseguros, o que, por sua vez,

acarreta numa maior incidência de morbidade e mortalidade entre as mulheres (OMS, 2012).

Ademais, há também o problema de que, impedidas de acessarem os serviços adequados de saúde e, conseqüentemente, de receberem as orientações necessárias quanto ao uso de métodos contraceptivos para reduzir as chances de engravidar novamente de maneira indesejada, muitas mulheres, com destaque às mulheres mais pobres e de escolaridade mais baixa, acabam por engravidar mais uma vez e, conseqüentemente, submetem-se novamente a procedimentos abortivos inseguros (Medeiros; Rondon, 2021).

Neste sentido, reforça-se aqui que a criminalização do aborto não implica na eliminação do aborto, mas tão somente do aborto legal, atuando desta maneira contra o melhor interesse da mulher, pondo em risco sua integridade física e psíquica, e contra a sociedade como um todo diante da sobrecarga que gera ao sistema de saúde.

4.2 A Dificuldade de se realizar um Aborto Seguro no Brasil

Como discutido no primeiro capítulo e esporadicamente ao longo do presente texto, são três as condições que permitem a realização de um aborto legal no Brasil: em caso da gravidez apresentar risco de vida à gestante (art. 128, I, do CP), em caso da gravidez resultar de estupro ou outra forma de violência sexual (art. 128, II, do CP) e em caso de anencefalia fetal (entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal).

No caso da gravidez se encaixar em uma das situações listadas acima, a gestante tem direito ao procedimento de aborto legal e seguro por meio do SUS. No entanto, é importante salientar que o oferecimento do serviço de abortamento legal no país não se limita aos hospitais da rede pública de saúde. Na prática, porém, observa-se uma dificuldade de acesso das mulheres a esse serviço, seja pela falta de oferta do serviço em localidades próximas à gestante, pela ausência de estrutura para performar o procedimento dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Ministério da Saúde ou pela recusa dos próprios profissionais de saúde em realizar a operação.

No geral, atribui-se a dificuldade da mulher em realizar um aborto legal a dois fatores: preconceito e falta de informação, ambos intrinsecamente ligados. A

interrupção voluntária da gravidez é um grande tabu na sociedade brasileira, majoritariamente cristã, que se apegua a um moralismo acusatório que rejeita os modos de vida que se distanciam do que julgam ser o correto. A relutância em se falar abertamente do aborto, por mais que seja justificada em razão dos ataques que aqueles que se posicionam a favor da legalização da prática enfrentam, dificulta o acesso a informações importantes sobre o procedimento, prejudicando, por sua vez, a concretização do direito ao aborto legal no país.

Nos casos em que a gravidez decorre de algum tipo de violência sexual, há um mal-entendido que faz com que seja exigido que as mulheres contatem a polícia e apresentem um documento confirmando a denúncia da violência acrescentado a um documento que comprove que houve de fato a violência sexual. Em uma pesquisa realizada no ano de 2005, por meio de um questionário enviado a médicos ginecologistas e obstetras, um terço dos profissionais abordados responderam que era necessária a apresentação de alvará judicial para realizar um aborto legal em caso de estupro e 50% afirmaram que o documento era necessário em caso da gravidez apresentar risco à vida da gestante (Faúndes et al., 2007).

Entretanto, como já dito anteriormente, em casos de abuso sexual, a lei brasileira não prevê a exigência de apresentação de qualquer documento que não o termo de consentimento escrito da mulher para que seja realizado o aborto. Já em casos de apresentar risco de vida à mulher, é necessária a apresentação de laudo médico que comprove a situação.

No que diz respeito à falta da disponibilidade de serviços de abortamento no país, dados apontam que dos 1.823 procedimentos de aborto autorizados por lei realizados entre janeiro de 2021 e junho de 2022 no Brasil, 40% deles foram realizados fora da cidade, em que residem as pacientes. Em alguns casos, as mulheres precisaram se deslocar mais de mil quilômetros a fim de realizar o procedimento (Farias; Figueiredo, 2022). Ademais, somente 3,6% dos municípios brasileiros oferecem o serviço de aborto legal em suas redes de saúde, sendo que a taxa de realização do serviço é 4,8 vezes maior dentre as mulheres residentes em municípios que ofertam o procedimento em contraste com as que moram em locais sem oferta (Jacobs; Boing, 2021).

Segundo o Mapa do Aborto Legal, elaborado pela organização não governamental Article 19, apenas 44 hospitais oferecem serviços de aborto legal “indicado pelo Ministério da Saúde” no Brasil, segundo dados de 2019 (Article 19,

2019). No entanto, um estudo realizado em 2020, durante a pandemia de Covid-19, por um grupo de pesquisadoras da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, apontou a existência de somente 42 hospitais que realizam o aborto legal, além de 20 que não mais ofertam o serviço. A partir desses números, a conclusão da pesquisa foi de que a oferta de serviços de aborto legal no país aparenta ser insuficiente ou ainda incompatível com número de mulheres cuja gravidez possa ser abrangida pelas hipóteses descriminalizadas de interrupção voluntária da gravidez (Almeida et al., 2021).

Nessas situações, é necessário levar em conta o custo do deslocamento para essas mulheres, que engloba passagem, alimentação e alojamento, e que pode totalizar um valor superior a mil reais. Essa realidade acaba por gerar uma situação de desigualdade e injustiça social, em que àquelas com maior poder aquisitivo têm maiores chances de conseguir realizar um aborto, enquanto as mulheres mais pobres correm maiores riscos de terem seu direito violado. Na opinião de Tânia di Giacomo Lago, médica sanitária e pesquisadora do Instituto de Saúde da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, a necessidade do deslocamento das pacientes decorre do fato de que muitos municípios não possuem instalações médicas com a estrutura necessária para efetuar o procedimento (Farias; Figueiredo, 2022).

A estrutura referenciada aqui não trata somente de medicamentos e espaços físicos equipados com as ferramentas adequadas para a realização do aborto, mas também de uma equipe multidisciplinar, incluindo médicos, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais, entre outros, que estejam devidamente treinados para acolher e zelar pelo bem-estar físico e mental das mulheres que por eles passarem. Importante trazer também a questão da objeção de consciência, por meio da qual muitos médicos se abstêm de realizar o procedimento abortivo. Previsto no Código de Ética Médica

O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. (CFM, 2019)

Neste sentido, pode-se definir a objeção de consciência como o dispositivo que garante a todo médico, e demais profissionais auxiliares, o direito de se escusar do dever de cumprir uma obrigação ou praticar determinado ato em razão de suas convicções religiosas, morais ou éticas. Conforme explicado por Débora Diniz, no caso de aborto, o médico pode alegar objeção de consciência, desde que o faça estritamente em razão de sua moral privada, mas não porque duvida da alegação de que a mulher foi vítima de violência sexual, por exemplo (Diniz, 2011).

No caso da objeção ser aceita, a paciente deve ter seu direito ao aborto garantido por outro médico ou ainda ser encaminhada a outro serviço para lá realizar o procedimento. Entretanto, é imprescindível apontar que há situações em que o profissional não terá o direito à objeção de consciência, são elas: a) quando a gravidez apresentar risco de morte para a mulher; b) quando não houver nenhum outro médico disponível para garantir o direito ao abortamento legal; c) quando a mulher correr risco de sofrer danos ou agravos à saúde por motivo de omissão do profissional; e d) quando do atendimento de complicações decorrentes de aborto inseguro, em virtude da situação de urgência (Brasil, 2012). Porém, na prática, há casos que ilustram o descumprimento dessa normativa e põem em risco a concretização do direito ao aborto legal da mulher (Uma história Severina, 2005).

Além disso, o preconceito que cerceia a prática também prejudica o acesso ao aborto nas hipóteses em que é descriminalizado. Infelizmente, ainda é muito comum o relato de mulheres que sofrem violência e discriminação ao buscar a concretização de um serviço que é seu por direito, muitas vezes pelos próprios funcionários do hospital em que a operação é ofertada. Essas hostilidades acabam por desencorajar as mulheres a realizar o aborto legal, o que é incompatível com a preservação da saúde física e mental da mulher (Almeida et al., 2021).

Em uma entrevista ao portal de notícias do G1, uma mulher chegou a relatar que as enfermeiras que a atenderam se recusavam a dar a medicação no horário e que era necessário que a paciente ligasse para a médica, que então ligava para o hospital para pedir que a medicação fosse entregue. A mesma mulher afirmou que chegou a ouvir uma enfermeira dizer que ela, a paciente, estava fazendo “não era justo” e que ela não tinha esse direito (Figueiredo e Farias, 2022).

Percebe-se, dessa forma, que o Brasil ainda tem um longo caminho a percorrer no tocante à garantia do direito ao aborto legal, a começar por medidas que promovam a democratização do acesso ao serviço no país. Essas medidas incluem a ampliação da oferta do procedimento por um número maior de instituições médicas, especialmente públicas, o mapeamento e a divulgação dessas instituições, o treinamento humanizado das equipes que atenderão essas mulheres, entre outros. Tudo isso visando a redução do estigma que circunda o aborto, mesmo em circunstância garantidas pelo direito.

5 ABORTO E LEGISLAÇÃO COMPARADA

Segundo dados da organização internacional Center for Reproductive Rights (Centro pelos Direitos Reprodutivos, tradução nossa), atualmente o aborto é permitido a pedido da gestante em 77 países ao redor do mundo, com variações no que diz respeito ao limite de idade gestacional para realizar o procedimento, sendo que o limite mais comum é até a 12ª semana da gestação. Dentre esses países, encontram-se Canadá, Austrália, Argentina, Nova Zelândia, Uruguai, Colômbia, África do Sul, Moçambique, Bélgica, Alemanha, Noruega, Suécia, Cazaquistão e Mongólia. Em contraste, 22 países proíbem o aborto sob quaisquer circunstâncias, a exemplo do Senegal, Suriname, Egito, Iraque, Nicarágua e República Dominicana (Center for Reproductive Rights, 2023).

Neste capítulo, pretende-se analisar os efeitos da legislação sobre o aborto nos países em que a prática é legalizada, em comparação com aqueles onde o procedimento é completamente proibido. Um dos receios mais comuns daqueles que se posicionam contra uma maior flexibilização das hipóteses em que se é permitido realizar um aborto legal é o de que o procedimento seria praticado de forma banal e que as pessoas passariam a fazer sexo sem proteção diante da “facilidade” em se realizar um aborto. Mas quão verdadeiras são essas crenças?

5.1 Argentina

Em dezembro de 2020, o Senado argentino aprovou a Lei nº 27.610, também conhecida como “Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo” (Lei do Acesso à Interrupção Voluntária da Gravidez, em português), por meio da qual

é garantido às gestantes a cobertura integral e gratuita do serviço de interrupção voluntária da gravidez, em concordância com as recomendações da Organização Mundial da Saúde, até e incluindo a 14^a semana da gestação, e também a partir da 15^a semana gestacional nos casos da gravidez resultar de violência sexual ou se puser em perigo a vida ou a saúde da pessoa gestante (Argentina, 2021). A lei estabelece ainda que as mulheres e pessoas com outras identidades de gênero capazes de engravidar que realizarem abortos fora dos ditames permitidos pela legislação argentina têm o direito de requerer e receber atenção pós-aborto nos sistemas de saúde sem qualquer “prejuízo”, bem como o direito de acesso à informação, educação sexual e métodos contraceptivos eficazes, tendo em vista a prevenção da gravidez indesejada.

No ano de entrada em vigência da lei, 2021, foram registrados 18 mil atendimentos relacionados ao aborto legal no país (Bruno, 2022), sendo que a estimativa de abortos clandestinos realizados por ano na Argentina era de aproximadamente 370 a 520 mil, conforme apontou Vilma Ibarra, membro da Secretaria Legal e Técnica do Governo (Paixão, 2020). Ademais, destaca-se também que desde a entrada em vigor da lei não foi registrada nenhuma morte decorrente de aborto clandestino no país (Côrtez, 2021).

Diante de tudo isso a Argentina tornou-se referência na América Latina no tocante à legalização do aborto e ao oferecimento de serviços abortivos seguros e gratuitos, atendendo inclusive gestantes de fora do país, dentre elas brasileiras que possuem condições financeiras de sair do Brasil para realizar o abortamento seguro em outro lugar.

5.2 Nicarágua

A Nicarágua é um dos países do mundo que proíbe por completo a interrupção voluntária da gravidez, inclusive nos casos em que a gestação apresenta riscos à vida da mulher e quando decorre de estupro. A lei nº 641 do Código Penal nicaraguense, aprovada em 2006 e apoiada pelo presidente Daniel Ortega, cujo governo é alvo de acusações de crimes contra a humanidade, prevê pena de prisão de 1 a 3 anos à pessoa que realizar o aborto e de 1 a 2 anos à mulher que buscar realizá-lo.

A Nicarágua coincide também em ser um país com altos índices de violência de gênero. Entre 2011 e 2016 o país registrou 4.262 gravidezes adolescentes decorrentes de estupro de repetição, isto é, estupro praticado contra a mesma vítima repetidas vezes (Garcia, 2017). Dessas vítimas, 1.875 tinham idade entre 11 e 14 anos (Garcia, 2017).

Tal número, suportado pelas políticas nicaraguenses de total impedimento ao aborto legal, colocam o país no topo da lista de nações da América Latina com maior taxa de gravidez entre meninas nessa faixa etária (Maldonado, 2017). Importante acrescentar que a gravidez na adolescência apresenta maiores riscos à gestante, cujo corpo ainda está em processo de desenvolvimento, incluindo risco de maior mortalidade. Já para o feto há maiores riscos de problemas congênitos ou traumatismos no decorrer do parto (Brasil, 2023). Muitas dessas meninas, jovens, crianças, adolescentes, relatam o desejo de interromper a gravidez, algumas chegando a recorrer aos métodos clandestinos, pondo sua saúde e vida em risco.

Em um texto elaborado pela ONG Human Rights Watch (Vigilância dos Direitos Humanos), foi revelado que o Ministério da Saúde nicaraguense não possui qualquer documentação para registrar os efeitos da proibição total do aborto no país, tampouco possuem planos para recolher tal informação (HRW, 2007).

No entanto, médicos nicaraguenses relataram à mesma organização casos de atendimento a pacientes que optaram por realizar um aborto inseguro e que sofreram com as complicações do procedimento, tendo algumas das vítimas vindo a falecer, haja vista que muitos profissionais de saúde receiam em oferecer tratamentos às gestantes por medo de serem acusados de estarem realizando um aborto (HRW, 2007).

Sendo assim, a situação da Nicarágua evidencia vários dos perigos acometidos às mulheres e meninas diante de um cenário de forte repressão à prática do abortamento, que por muitas vezes as forçam a recorrer aos serviços clandestinos e inseguros de interrupção voluntária da gravidez.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate concernente à temática do aborto, cujo objeto central reposua na argumentação da preservação do direito à vida, seja do feto ou da mulher, perpassa questões sociais, culturais, morais, éticas e religiosas. A discussão gera

controvérsias tanto no pólo daqueles que se posicionam contra a descriminalização e legalização da prática quanto no pólo daqueles que se colocam a favor.

Nesse sentido, o presente trabalho não teve como objetivo determinar qual posicionamento sobre o aborto é ou não o mais correto. De fato, buscou-se analisar a questão da prática do aborto no Brasil à luz da Constituição Federal de 1988 e dos direitos fundamentais nela dispostos, dentre os quais o direito à vida, à dignidade humana, autonomia, saúde, liberdade e igualdade, com o objetivo de inquirir sobre a legislação penal vigente, sua eficácia jurídica e seu status de harmonia para com o texto constitucional com vistas à demonstrar de que maneira a criminalização do aborto se manifesta na vida das mulheres no Brasil e interfere na garantia de seus direitos fundamentais.

Diante dos números trazidos, verificou-se que o Código Penal de 1948 falha no seu propósito de impedir a realização de abortos no país, uma vez que cerca de 1 milhão de procedimentos abortivos clandestinos sejam realizados anualmente, no Brasil. Ademais, a criminalização do aborto não só fracassa em resguardar a vida do feto, como também põe em risco a vida da gestante que, obrigada a manter a gravidez, recorre a meios clandestinos e inseguros para interromper a gestação. Por sua vez, o alto número de procedimentos abortivos inseguros compõe um problema de saúde pública que vitimiza de maneira desproporcional as mulheres negras, indígenas e de classes econômicas mais baixas no país.

Ademais, através da comparação da legislação sobre a prática do aborto na Argentina e Nicarágua, em que o procedimento é legal no primeiro e completamente desautorizado no segundo, observa-se que a legalização é seguida da redução dos números de abortos realizados no país, assim como do índice de complicações e mortes maternas que têm como causa o aborto, enquanto que a criminalização não demonstra indicações significativas de refrear a prática, mas ameaça à saúde das gestantes com uma gravidez indesejada ou de risco.

No mais, é preciso também realizar um recorte de gênero, quando se discute a questão do aborto, em razão da associação automática entre mulher e maternidade reforçada pela sociedade brasileira, que tem raízes no patriarcalismo. Por séculos, entendia-se que a capacidade biológica de grande parte das mulheres em gerar um filho apontava para uma predisposição natural de ser mãe. No entanto, as mudanças socioculturais vivenciadas nas últimas décadas evidenciaram que a

maternidade não é um fato biológico conferido às mulheres, mas sim um fato social sobre o qual elas devem ter autonomia para decidir vivenciar.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 estabelece uma série de fundamentos que embasam o direito da mulher em deliberar, de forma livre e desimpedida, sobre os variados aspectos de sua vida privada. No tocante à colisão entre os direitos fundamentais da gestante e do feto, principalmente no que diz respeito ao direito à vida, relembra-se aqui que este não é absoluto, a exemplo das hipóteses de interrupção da gravidez por apresentar risco à vida da gestante ou em decorrência de violência sexual.

Sendo assim, frente à conjuntura fática que cerca a prática do aborto no Brasil, acredita-se que a interrupção voluntária da gravidez a pedido da gestante é um direito constitucional da mulher, devendo ser legalizado de maneira irrestrita, conforme orienta a OMS, e que sua criminalização representa uma transgressão aos direitos fundamentais conferidos às mulheres pela Constituição Federal brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS

Abortamento: Definição, lei e epidemiologia. Sanar, Brasil, 21 jul. 2019. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/abortamento>. Acesso em: 20 out. 2023.

Aborto legal: há 2 anos, caso de menina de 10 anos grávida após estupro pelo tio chocou o país. Globo Notícias. Espírito Santo, 21 jun. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2022/06/21/aborto-legal-ha-2-anos-cas-o-de-menina-de-10-anos-gravida-apos-estupro-pelo-tio-chocou-o-pais.ghtml>. Acesso em: 17 out. 2023.

ACAYABA, Cíntia; FIGUEIREDO, Patrícia. SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020. Globo Notícias. São Paulo, 20 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/20/sus-fez-809-mil-procedimentos-apos-abortos-malsucedidos-e-1024-interruptoes-de-gravidez-previstas-em-lei-no-1o-semester-de-2020.ghtml>. Acesso em: 17 out. 2023

ALMEIDA, Eliane Vieira Lacerda et al. Não posso passar essa informação”: o direito ao aborto legal no Brasil. In: Nesprom, Ceam, UNB. X Congresso Virtual de Gestão, Educação e Promoção da Saúde. 2021.

ARGENTINA. Superintendencia de Servicios de Salud. Ley N° 27.610 - Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), obligatoriedad de brindar cobertura integral y gratuita. Argentina, 2021.

ARTICLE 19. Mapa aborto legal, 2019. Disponível em: <https://mapaabortolegal.org/#:~:text=Qualquer%20hospital%20que%20ofereça%20serviços,a%20realizar%20o%20aborto%20legal>. Acesso em: 17 out. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo, Editora Saraiva, 2023.

BIROLI, Flávia. Direito ao Aborto e Maternidade: Gênero, Classe e Raça na Vida das Mulheres. Cult. São Paulo, 9 mai. 2017. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/direito-ao-aborto-e-maternidade-genero-classe-e-raca-na-vida-das-mulheres/>. Acesso em: 9 out. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. Saraiva Educação SA, 2019.

BRASIL, Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. Normas de Pesquisa em Saúde. 1988. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/L2D0000.pdf>. Acesso em 9 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Mortalidade materna: um desafio para a saúde pública mundial. Brasília, Saúde e Vigilância Sanitária, 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Manual dos Comitês de Mortalidade Materna. Brasília: Ministério da Saúde, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Gravidez na adolescência: saiba os riscos para mães e bebês e os métodos contraceptivos disponíveis no SUS. Brasília, 10 fev. 2023. Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/noticia/20536>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes : norma técnica. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 11 abr. 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF. 22 set. 2023. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 124.306. Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão Preventiva. Ausência dos Requisitos para Sua Decretação. Inconstitucionalidade da Incidência do Tipo Penal do Aborto no Caso de Interrupção Voluntária da Gestação no Primeiro Trimestre. Ordem Concedida de Ofício. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 9 ago. 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 9 out. 2023.

BRUNO, Maria. O aborto legal no SUS da Argentina. Gênero Número. Brasil, 28 set. 2022. Disponível em:
https://www.generonumero.media/reportagens/aborto-legal-sus-argentina/#index_7.
 Acesso em: 17 out. 2023.

CAMPOS, Ana. Estudo Aponta Que Negras São Mais Vulneráveis ao Aborto no Brasil. Agência Brasil. Rio de Janeiro, 26 set. 2023. disponível em:
<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2023-09/estudo-aponta-que-negras-sa-o-mais-vulneraveis-ao-aborto-no-brasil>. Acesso em: 9 out. 2023.

CANONICI, CODEX IURIS. Código de direito canônico. São Paulo, Loyola, 1983.

CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais?. Cadernos de Saúde Pública, v. 36, n. suppl 1, p. e00188718, 2020.

Center for Reproductive Rights. The World's Abortion Laws, 2023. Disponível em:
<https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>. Acesso em: 17 out. 2023.

COLLUCCI, Cláudia; FARIA, Flávia. SUS gasta R\$ 500 milhões com complicações por aborto em uma década. Folha de São Paulo. São Paulo, 29 jul. 2018. Disponível em:
<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/sus-gasta-r-500-milhoes-com-complicacoes-por-aborto-em-uma-decada.shtml>. Acesso em: 17 out. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). Código de ética médica. Resolução nº 2217. Brasília, 27 set. 2018.

COOK, Rebecca. International human rights and women's reproductive health. Studies in family planning, p. 73-86, 1993.

CORTÊZ, Natacha. O que os números da legalização do aborto dizem sobre a Argentina de 2021?. Marie Claire. Brasil, 30 dez. 2021. Disponível em:
<https://revistamarieclaire.globo.com/Feminismo/noticia/2021/12/o-que-os-numeros-da-legalizacao-do-aborto-dizem-sobre-argentina-de-2021.html>. Acesso em: 17 out. 2023.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2021. Ciência & Saúde Coletiva, v. 28, p. 1601-1606, 2021.

DINIZ, Debora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. Revista de Saúde Pública, v. 45, p. 981-985, 2011.

FARIAS, Victor; FIGUEIREDO, Patrícia. 4 em cada 10 abortos legais no Brasil são feitos fora da cidade onde a mulher mora; pacientes percorreram mais de 1 mil km. Globo Notícias. São Paulo, 09 jun. 2022. Disponível em:
<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/06/09/4-em-cada-10-abortos-legais-n>

o-brasil-sao-feitos-fora-da-cidade-onde-a-mulher-mora-pacientes-percorreram-mais-de-1-mil-km.ghtml. Acesso em: 17 out. 2023.

FAÚNDES, Anibal et al. Variações no conhecimento e nas opiniões dos ginecologistas e obstetras brasileiros sobre o aborto legal, entre 2003 e 2005. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, v. 29, p. 192-199, 2007.

FERREE, Myra Marx. *Shaping abortion discourse: Democracy and the public sphere in Germany and the United States*. Cambridge University Press, p. 27, 2002.

FIGUEIREDO, Patrícia; FARIAS, Victor. Médicos reclamam de falta de estrutura para aborto legal; paciente relata preconceito em hospital. *Globo Notícias*. São Paulo, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/06/10/medicos-reclamam-de-falta-de-estrutura-para-aborto-legal-paciente-relata-preconceito-em-hospital.ghtml>. Acesso em: 17 out. 2023.

GARCIA, Janaina. 72% das grávidas até 14 anos após estupro foram vítimas desse crime mais de uma vez, diz estudo. *UOL*. São Paulo, 29 dez. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/29/sete-em-cada-adolescentes-que-engravidaram-apos-estupro-foram-vitimas-sexuais-reiteradas-diz-estudo.htm>. Acesso em: 17 out. 2023.

HARDY, Ellen; ALVES, Graciana. Complicações pós-aborto provocado: fatores associados. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 8, p. 454-458, 1992.

HRW. *Over Their Dead Bodies, Denial of Access to Emergency Obstetric Care and Therapeutic Abortion in Nicaragua*. Human Rights Watch. 1, out. 2007. Disponível em: <https://www.hrw.org/report/2007/10/01/over-their-dead-bodies/denial-access-emergency-obstetric-care-and-therapeutic>. Acesso em: 17 out. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Brasileiro de 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

JACOBS, Marina Gasino; BOING, Alexandra Crispim. O que os dados nacionais indicam sobre a oferta e a realização de aborto previsto em lei no Brasil em 2019?. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, p. e00085321, 2021.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Portugal, Edições 70, 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional-Esquematizado*. Saraiva Educação SA, 2022.

MALDONADO, Carlos. O pesadelo de ser menina na Nicarágua. *El País*. Manágua, 20 jul. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/30/internacional/1501368613_857543.html?fb

clid=IwAR3sMSLJhFdvvnVBOQAJry2g_Bi1SAuF3uC_WQcYj20YyWjgHXREKXLK_A4. Acesso em: 17 out. 2023.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo, Atlas, 2019.

MATOS, FERNANDA PATRÍCIA LOPES. Aborto: liberdade de escolha ou crime?. Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos. Faculdade De Ciências Jurídicas E Sociais De Barbacena—Curso de Direito. Barbacena, p. 37, 2011.

MATTAR, Laura Davis. Legal recognition of sexual rights: a comparative analysis with reproductive rights. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 5, p. 60-83, 2008.

MEDEIROS, Marcelo; RONDON, Gabriela. Aborto é Problema de Saúde Pública. Nexo Jornal. São Paulo, 12 abr 2021. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/opinioao/2021/Aborto-é-problema-de-saúde-pública>. Acesso em: 9 out. 2023.

MESSETTI, Paulo André Stein e DALLARI, Dalmo de Abreu. Dignidade humana à luz da Constituição, dos Direitos Humanos e da bioética. Journal of Human Growth and Development, v. 28, n. 3, p. 283-289, 2018.

MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais: Uma Perspectiva de Futuro. São Paulo, Grupo GEN, 2013.

Moraes, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo, Atlas, 2022

National Institute of Neurological Disorders and Stroke. Anencephaly. Disponível em: <https://www.ninds.nih.gov/health-information/disorders/anencephaly?search-term=anencephaly>. Acesso em: 8 out. 2023.

OMS, Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO).USP, 1946. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constituiçãoda%20Organização%20Mundial%20da%20Saúde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf. Acesso em: 9 out. 2023.

OMS, Organização Mundial da Saúde. Diretrizes Sobre Cuidados no Aborto: Resumo. 2022. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/355465/9789240051447-por.pdf?sequence=1>. Acesso em: 9 out. 2023.

OMS, Organização Mundial da Saúde. Safe abortion: technical and policy guidance for health systems. 2012. Disponível em: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/70914/9789241548434_eng.pdf?sequence=1. Acesso em: 17 OUT. 2023.

OPAS, Organização Pan-Americana da Saúde. Saude materna. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topicos/saude-materna>. Acesso em: 20 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 9 out. 2023.

PAIXÃO, Fernando; Governo Fernández deve apresentar novo PL para legalizar o aborto na Argentina. Brasil de Fato. Argentina, 10 nov. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/11/10/governo-fernandez-deve-apresentar-novo-pl-para-legalizar-o-aborto-na-argentina>. Acesso em: 17 out. 2023.

RIBEIRO, Bruno Quiquinato. A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3223, 28 abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21605>. Acesso em: 9 out. 2023.

SCHOR, Néia; DE ALVARENGA, Augusta T. O aborto: um resgate histórico e outros dados. Journal of Human Growth and Development, v. 4, n. 2, 1994.

SOF. Sempre Viva Organização Feminista. Direito ao aborto, autonomia e igualdade. São Paulo, SOF, 2018.

SOUSA, Luciana Silva. Aborto: Direito à Vida ou Dignidade da Pessoa Humana?. Revista da EMERJ, v. 22, n. 3, p. 334-340, 2020.

STINSON, Jamie. Global Views on Abortion. IPSOS. 2023. Disponível em: [https://www.ipsos.com/en/global-views-abortion#:~:text=Three%20in%20four%20\(74%25\),be%20legal%20in%20all%20cases](https://www.ipsos.com/en/global-views-abortion#:~:text=Three%20in%20four%20(74%25),be%20legal%20in%20all%20cases). Acesso em: 8 out. 2023.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. São Paulo, Método, 2020.

THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. Philosophy & Public Affairs, v. 1, n. 1, p. 47-66, 1971. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2265091>. Acesso em: 09 de outubro de 2023.

Uma história Severina. Direção: Debora Diniz; Eliane Brum. Produção: Fabiana Paranhos. Brasil: Vitrine Filmes, 2005.

Uma mulher morre a cada 2 dias por aborto inseguro, diz Ministério da Saúde. COFEN. Brasília, 03 ago. 2018. Disponível em: <https://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude/>. Acesso em: 17 out. 2023.

ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge. Aborto e (não) desejo de maternidade(s): questões para a Psicologia. 2016.