

# EM QUE MEDIDA A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO OFENDE A AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER?

## TO WHAT EXTENT DOES THE CRIMINALIZATION OF ABORTION OFFEND THE WOMEN'S WILL AUTONOMY?

Karina de Carvalho Lopes\*

Victor Freitas Lopes Nunes\*\*

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo compreender as possibilidades da descriminalização do aborto, bem como os limites da intervenção do Estado na autonomia reprodutiva da mulher quando ele tipifica como crime o aborto voluntário. Acredita-se que a descriminalização do aborto pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres, à medida que a criminalização do aborto ofende a autonomia da vontade mulher e limita sua liberdade reprodutiva. O patriarcado, a Igreja e a política têm forte influência sobre a criminalização do aborto e sobre a intervenção no corpo da mulher. Diante disso o movimento feminista travou uma luta pela liberdade de escolha e do corpo da mulher. Atualmente, o aborto é lícito em três hipóteses: aborto sentimental, aborto terapêutico e aborto eugênico. Para que se considerar a descriminalização do aborto é necessário determinar o início da vida. Neste trabalho, foi adotada a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso que informa que a vida só tem início após as primeiras atividades cerebrais. Sendo assim, o Estado deve oferecer educação sexual, planejamento familiar, métodos contraceptivos e permitir a realização do aborto de forma gratuita, respeitada a projeção de viabilidade da vida intrauterina. Para tanto, é fundamental que as mulheres sejam incluídas na discussão política que venha a regulamentar seus direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Aborto. Descriminalização. Autonomia reprodutiva.

### ABSTRACT

This article aims to understand the possibilities of decriminalizing abortion, as well as the limits of State intervention in women's reproductive autonomy when it makes voluntary abortion a crime. It is believed that the decriminalization of abortion can contribute to the realization of women's fundamental rights, as the criminalization of abortion offends the autonomy of the woman's will and limits her reproductive freedom. Patriarchy, the Church and politics have a strong influence on the criminalization of abortion and on intervention in the body of women. Given this, the feminist movement fought for freedom of choice and of the woman's body. Currently,

\*\* Graduanda do Curso de Direito no Instituto Ensinar Brasil – Faculdades Unificadas de Leopoldina. Email: [ka.carvalholopes@gmail.com](mailto:ka.carvalholopes@gmail.com)

\*\* Professor das Faculdades Unificadas de Leopoldina. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Orientador deste trabalho. Contato: [prof.victor.nunes@doctum.edu.br](mailto:prof.victor.nunes@doctum.edu.br)

abortion is lawful in three cases: sentimental abortion, therapeutic abortion and eugenic abortion. In order to consider the decriminalization of abortion, it is necessary to determine the beginning of life. In this work, the theory of the development of the nervous system was adopted, which informs that life only begins after the first brain activities. Therefore, the State must offer sex education, family planning, contraceptive methods and allow abortion to be carried out free of charge, respecting the projected viability of intrauterine life. Therefore, it is essential that women are included in the political discussion that will regulate their fundamental rights.

**Keywords:** Abortion. Decriminalization. Reproductive autonomy.

## 1 Introdução

O presente trabalho tem a pretensão de compreender as possibilidades de descriminalização do aborto, bem como os limites da intervenção do Estado na autonomia reprodutiva da mulher quando ele tipifica como crime o aborto voluntário. A Constituição Federal traz os direitos fundamentais do cidadão, dentre os quais encontra-se a liberdade, origem do direito à autonomia reprodutiva, também um direito fundamental. Contudo, no Código Penal o aborto voluntário é criminalizado. Este tema não abrange somente a esfera jurídica, mas a sociedade como um todo. O impacto da criminalização afeta os sistemas sociais de saúde, de educação, além do sistema político.

O aborto foi alvo de diversas discussões ao longo dos anos, entre feministas, liberais e conservadores. Essas discussões levaram a liberação do aborto em casos específicos, como em caso de abuso sexual, quando a vida da mãe está em risco e quando o feto é anencefálico. Mas há ainda um longo caminho a percorrer para que tenha a efetivação plena do direito fundamental da mulher a determinar as condições nas quais pretende prosseguir com uma questão, qual seja: a autonomia reprodutiva. A mulher tem o direito a decidir ou não pela maternidade, por isso, questiona-se: em que medida a criminalização do aborto ofende e limita a liberdade reprodutiva da mulher?

Acredita-se, como hipótese, que a criminalização da maior parte das circunstâncias em que uma gravidez pode ser interrompida ofende a liberdade e, por conseguinte, a autonomia reprodutiva da mulher, uma vez que limita o exercício do direito dela a dispor da forma que entende conveniente do seu próprio corpo. Não se desconsidera que nenhum direito, ainda que fundamental, é, por definição limitado.

Aliás, é precisamente isto que justifica investigar a questão, porque, ao menos em linha de princípio, um rol tão estreito das circunstâncias em que se permite o aborto, tende a ofender de forma desproporcional os direitos da mulher gestante.

Por isso, o capítulo 2 trata da autonomia reprodutiva da mulher e os efeitos negativos da criminalização do aborto. Traz ainda um debate sobre a influência patriarcado sobre o corpo e direitos das mulheres, bem como trata do entrechoque entre os direitos que estão em discussão, o direito à autonomia reprodutiva da mulher e a proteção objetiva à vida do feto, sabe-se que nenhum direito é absoluto, sendo essencial a ponderação de direitos para que nenhum se sobreponha ao outro. O capítulo 3 busca compreender o tratamento do aborto no Brasil, analisando as tipificações do aborto no Código Penal e, especificamente, as implicações do aborto em nosso país a partir de dados estatístico, reconhecendo qual a população mais atingida pela criminalização. Discutem-se ainda as hipóteses em que é lícita a prática de interrupção da gravidez, quais sejam, aborto eugênico, aborto necessário e aborto sentimental, bem como se apresentam as teorias do início da vida.

Por fim, busca-se ponderar todos os elementos envolvidos nesta problemática, de modo a estabelecer uma alternativa de solução à questão proposta. Afinal, deve-se reconhecer que esse tema é de máxima importância, tendo em vista o entrechoque de direitos e a necessária discussão acerca do aborto. A liberdade sobre o corpo da mulher diz respeito a ela, contudo, não se pode também negligenciar a proteção objetiva à vida do embrião. Cabe a sociedade e o Estado encontrarem um balanço entre estas pretensões, no qual nenhum direito seja resguardado de forma desigual em relação ao outro.

## **2 Aborto e autonomia reprodutiva da mulher**

Metodologicamente, este trabalho se desenvolve por meio de uma pesquisa qualitativa, uma vez que se busca extrair do conjunto de fontes secundárias em estudo o sentido latente dos conceitos sob análise. Para tanto, este capítulo buscará delimitar um sistema analítico de conceitos baseado nas estruturas patriarcais da sociedade brasileira, a partir da qual se compreender as limitações ao direito das mulheres ao próprio corpo. A partir deste sistema serão realizadas inferências tomando por base as discussões desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência quanto às questões que envolvem a prática do aborto, que, para Mirabete (2008, p. 62), deve ser conceituado, nos termos da legislação vigente, como a interrupção da

gravidez com a destruição do produto da concepção, podendo ser provocado ou espontâneo.

Hodiernamente, em nosso país, o aborto é permitido em casos específicos, tais quais: quando há risco de vida da mulher, chamado de aborto terapêutico ou necessário; quando a gravidez é advinda de um estupro, chamado de aborto sentimental ou humanitário; e quando o feto é anencefálico, chamado de aborto eugênico. Com exceção dessas espécies autorizadas em nossa legislação e do aborto espontâneo, qualquer outro tipo é criminalizado, de acordo com o Código Penal, em seus arts. 124 a 128. Ainda assim, conforme o Ministério da Saúde, BRASIL (2010), o aborto no Brasil acontece em cerca de 10% das gestações. Entre eles, a maior parte é provocada das mais diferentes maneiras. Muitas questões envolvem essa escolha, entre elas, não possuir acesso à informação e aos métodos contraceptivos, falta de planejamento familiar, de condições financeiras, psíquicas, de apoio familiar, de amparo estatal, não desejar ter filhos, etc. A criminalização da interrupção voluntária da gravidez não impede que diversas mulheres optem pela sua realização, fazendo com que ela recorra ao aborto inseguro, que é definido pela OMS (2017) como o procedimento utilizado para interromper uma gravidez, realizado por pessoas não-habilitadas ou em ambiente não-adequado, colocando sua vida em risco.

A luta do movimento feminista pela legalização do aborto decorre da liberdade de escolha de ser mãe ou não de cada mulher. A criminalização atinge os direitos das mulheres à sua autodeterminação reprodutiva, afetando, assim, a efetividade dos direitos humanos (SYDOW *et al.*, 2011) delas, uma vez que a mulher se vê em uma posição na qual não pode decidir sobre algo que mudará sua vida, alterando seu futuro. Cabe mencionar que a legislação brasileira trata o nascituro e a pessoa nascida com vida de forma diferente, como pode-se observar do que está disposto no Código Civil, em seu art. 2º, no qual se diferencia o sujeito de direito ainda por nascer do indivíduo nascido com vida, quando dispõe: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). A proteção jurídica do nascido vivo é diferente e mais abrangente do que a proteção ao direito a vida do embrião, por exemplo. Enquanto a criminalização do aborto é penalizada com 1 a 3 anos de detenção e o homicídio com 6 a 20 anos de reclusão (BRASIL, 1940).

## 2.1 O patriarcado e as ingerências sobre o corpo feminino

No dicionário, patriarcado é definido como uma forma de organização social em que predomina a autoridade paterna. Esse sistema perdurou por muito tempo em nossa sociedade e ainda perdura, trazendo diversos efeitos e influências negativas para a vida das mulheres, afinal a organização patriarcal da sociedade envolve a preponderância do masculino sobre o feminino. Contudo, nem sempre foi assim. Diversos cientistas sociais, como Friedrich Engels (2005), mencionam que devido ao desconhecimento da participação do homem na procriação, as mulheres eram tidas como deusas, pois somente elas detinham a capacidade de procriar, e com isso, a organização social de sociedades como estas giraria em torno das mulheres.

Com o desenvolvimento da agricultura e o abandono da vida nômade, Campos (2003) diz que se inaugurou a paternidade. Onde antes só havia maternidade, os homens teriam tomado para si o poder, instaurando-se, assim, o patriarcado e uma estrutura hierarquizada da sociedade a partir daquilo que contemporaneamente se compreende como o gênero. Louro (1995, p. 103) diz que:

Uma compreensão mais ampla de gênero exige que pensemos não somente que os sujeitos se fazem homem e mulher num processo continuado, dinâmico (portanto não dado e acabado no momento do nascimento, mas sim construído através de práticas sociais masculinizantes e feminizantes, em consonância com as diversas concepções de cada sociedade); como também nos leva a pensar que gênero é mais do que uma identidade aprendida, é uma categoria imersa nas instituições sociais (o que implica admitir que a justiça, a escola, a igreja, etc. são "generificadas", ou seja, expressam as relações sociais de gênero). Em todas essas afirmações está presente, sem dúvida, a ideia de formação, socialização ou educação dos sujeitos.

Desta forma, o patriarcado se revela como um sistema de estruturas sociais baseadas na desigualdade de gêneros, os quais ligam as posições privilegiadas na sociedade ao sexo masculino. No Brasil, por sua vez, a influência do patriarcado nas instituições familiares se deu com a colonização portuguesa. Segundo Chauí (1989), a mentalidade patriarcal permaneceu na vida e na política brasileira através do coronelismo, do clientelismo e do protecionismo. Desde a colonização até atualmente o patriarcado no Brasil ainda perdura e controla a vida das mulheres. Esse sistema patriarcal foi respaldado até mesmo pela legislação brasileira, como se observa no Código Civil de 1916, diferenciando as mulheres dos homens no que diz respeito a direitos e obrigações. Follador (2009, p. 9) menciona que os homens

controlavam as mulheres em todos os campos de sua vida, quando criança quem exercia esse controle era seu pai e seus irmãos, o controle ideológico trazia os ideais de recato, respeito, humildade e falta de instrução, logo após, eles escolheriam um marido para ela e este continuaria exercendo o controle de sua vida.

As mulheres não tinham acesso às escolas e aos estudos, não tinham instrução intelectual muito menos sexual, àquela época cabia a esposa somente a reprodução. Ribeiro (2007, p. 83), cita que o prazer sexual masculino era satisfeito com mulheres negras escravas, à esposa não era permitido sentir prazer no sexo. A partir da compreensão das estruturas que governavam as relações entre os gêneros, pode-se observar o controle masculino sobre o corpo das mulheres, bem como a própria violação do corpo feminino, manifesto na exploração sexual da mulher negra. Saffioti (2015, p. 48) traz uma reflexão sobre as mudanças do sistema patriarcal ao longo do tempo, contudo, mostra-se como ele ainda se faz presente:

Em geral, pensa-se ter havido primazia masculina no passado remoto, o que significa, e isto é verbalizado oralmente e por escrito, que as desigualdades atuais entre homens e mulheres são resquícios de um patriarcado não mais existente ou em seus últimos estertores. De fato, como os demais fenômenos sociais, também o patriarcado está em permanente transformação. Se, na Roma antiga, o patriarca detinha poder de vida e morte sobre sua esposa e seus filhos, hoje tal poder não mais existe, no plano de jure. Entretanto, homens continuam matando suas parceiras, às vezes com requintes de crueldade, esquartejando-as, ateando-lhes fogo, nelas atirando e as deixando tetraplégicas etc. O julgamento destes criminosos sofre, é óbvio, a influência do sexismo reinante na sociedade que determina o levantamento de falsas acusações – devassa é a mais comum – contra a assassinada a vítima é transformada rapidamente em réu, procedimento este que consegue, muitas vezes, absolver o verdadeiro réu.

A sociedade ainda mantém o desejo de controlar as mulheres, a dizer o que elas podem ou não fazer, que roupa devem vestir, querem reprimir sua sexualidade e decidir o que fazer com o corpo delas, para que elas se adequem ao padrão julgado como certo pela sociedade. A luta incessante do feminismo para dar autonomia as mulheres trouxe diversas conquistas, como a conquista do direito ao voto da mulher em 1932, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi consagrada a igualdade entre homens e mulheres, em 2002 o termo “Pátrio Poder” foi substituído por poder familiar, entre inúmeras outras conquistas, como a promulgação da Lei Maria da Penha e a implementação do Femicídio. Porém, há muito ainda para se conquistar, a exemplo da autonomia sobre seu próprio corpo, ter o poder de decidir sobre continuar ou não uma gestação, resultando assim na descriminalização do aborto.

A criminalização do aborto atinge a autonomia da vontade da mulher, na medida em que delimita a sua liberdade reprodutiva. A mulher aqui se vê obrigada a ser mãe, não tendo opção de escolha. Tal consequência não se reflete apenas o direito da mulher de dispor de seu próprio corpo, como acaba colocando sua vida em risco, reverberando, portanto, também sobre o seu direito fundamental à saúde. Muitas mulheres, ao se verem diante deste cenário, recorrem ao aborto inseguro, agravando-se assim questões afeitas à saúde pública. Além disso, sabe-se que os métodos contraceptivos disponíveis atualmente não são totalmente eficazes, contribuindo, por conseguinte, para uma gestação não planejada. A responsabilidade pela falha normalmente recai, nestes casos, sobre a mulher, apesar dela não ter participado sozinha da concepção.

## **2.2 Proteção à vida e o direito da mulher ao próprio corpo**

Um dos enfoques do feminismo é a busca pelo direito da mulher de dispor sobre seu próprio corpo livremente. Como mencionado anteriormente, a mulher é reprimida pela sociedade de diversas maneiras. Desde as roupas que ela usa ao número de parceiros sexuais que são “aceitáveis” socialmente. Resquícios de uma sociedade patriarcal e machista, na qual, ainda que homens e mulheres tenham os mesmos comportamentos, o julgamento que uma mulher recebe é distinto daquele dispensado ao sujeito masculino. Apesar de reflexos diversos sobre a sexualidade, a questão da autonomia reprodutiva da mulher envolve o direito ao próprio corpo, particularmente relevante para este trabalho.

A criminalização do aborto é mais um exemplo de restrição à liberdade da mulher. Movimentos feministas tratam a tipificação do aborto como sendo uma violação de diversos direitos fundamentais das mulheres, dentre eles o direito à liberdade de escolha e o direito à autonomia reprodutiva. Nesse sentido Scavone (2008) afirma:

O aborto como questão de direito individual remete a um dos fundamentos do feminismo contemporâneo: o princípio democrático liberal do direito aplicado ao corpo; direito baseado nas ideias de autonomia e liberdade do liberalismo, expresso na máxima feminista "nosso corpo nos pertence", que se difundiu internacionalmente a partir dos países centrais e marcou as lutas feministas relacionadas à sexualidade, à contracepção e ao aborto. A apropriação do corpo também significava para as mulheres a possibilidade da livre escolha da maternidade.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 traz em seu *caput*, além de outros

princípios essenciais a uma vida digna, o princípio da liberdade que é garantido a todos sem distinção e que consiste em, basicamente, dispor da faculdade de realizar as condutas que se quiser, desde que a lei não as proíba. Trata-se, portanto, de um direito individual, subjetivo inerente à condição de ser humano. Para se ter uma vida digna, além de ser necessário ter liberdade, é preciso que essa liberdade dê o poder de escolha de acordo com suas vontades, de forma que cada um possa decidir o que fazer de sua vida, poder planejar e projetar seu futuro sem que haja interferências externas, seja de outras pessoas, seja do próprio Estado.

A autonomia da vontade decorre do princípio da liberdade e tem como um de seus corolários a autonomia reprodutiva. Ter autonomia reprodutiva significa poder determinar os rumos do próprio ciclo reprodutivo, escolher, inclusive, quando se ter um filho ou até mesmo poder decidir não ter um filho. Tais ideias decorrem do fato de que a mulher deve, ela própria, decidir em quais circunstâncias o seu corpo e a sua vida estão prontos para passar pelas transformações decorrentes da gestão. Na vida de uma mulher a decisão de optar pela maternidade traz grandes consequências para ela, desde mudanças em sua rotina, em futuros projetos, bem como mudanças físicas e psíquicas. Carregar um feto em seu ventre contra sua vontade restringe o seu poder de escolha, aquele corpo deixa de ser seu, pois o Estado está obrigando-a a manter aquela gestação. Ronald Dworkin (1996, p. 98 *apud* SARMENTO, 2005, p. 76) diz, “uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade”.

Para Santos (2013, p. 501):

Os direitos reprodutivos estão integrados aos direitos humanos e o direito de decidir sobre o próprio corpo precisa ser aceito e respeitado. Logo, uma vez que o Estado nega proteção aos direitos reprodutivos, incluindo também o acesso ao abortamento seguro, contribui, deliberadamente, para que as repercussões sobre a saúde mental feminina, bem como os impactos da morbimortalidade por aborto, sejam ampliados.

Contudo, a criminalização do aborto envolve também reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não reconhecer o feto como pessoa, ente cuja existência somente se materializa com o nascimento com vida, promove uma proteção objetiva à vida do embrião. Aqui, pode-se perceber o entrelaçamento entre o direito à autonomia reprodutiva da mulher e a proteção concedida à vida do embrião.



Conforme já se afirmou anteriormente, à luz das disposições civilistas brasileiras, ainda que não se considere o nascituro uma pessoa, mesmo assim a ele é garantida uma proteção que envolve a pretensão de nascer. Em resumo, é basicamente esta pretensão que é protegida pelas disposições penais relativas à punição criminal de práticas voltadas à terminação voluntária da gravidez. A questão central é, pois, compreender em que medida a descriminalização do aborto pode contribuir para a efetivação de direitos fundamentais da mulher, notadamente, o seu direito à liberdade, à autonomia e, conseqüentemente, ao próprio corpo.

### **3 Aborto no Brasil**

A prática do aborto no Brasil, conforme, já dito, foi criminalizada, estando prevista no Código Penal, entre os artigos 124 a 126, os quais serão estudadas na primeira sessão do capítulo. No entanto, esta política gera um conjunto de impactos, não só no sistema de justiça criminal, mas na vida das pessoas que praticam tais condutas. Conforme dados demonstram, apesar da criminalização, a prática deste tipo de conduta é recorrente no Brasil, o que impõe reconhecer os problemas gerados na saúde pública em decorrência da prática de abortos clandestinos. Sem mencionar o fato de que a própria legislação abre caminho para um conjunto de exceções que serão abordadas na segunda parte do capítulo, as quais preveem a possibilidade da interrupção da gravidez de forma legal, o que, inclusive, pode ser realizado através do SUS.

#### **3.1 A criminalização do aborto**

O aborto é criminalizado em quase sua totalidade dadas as previsões do ordenamento jurídico brasileiro atualmente em vigor, sendo permissível somente em algumas situações. São exceções: o aborto eugênico, o necessário e o humanitário, qualquer outra prática é punida, sendo a mãe e, se ela obtiver ajuda, também esta pessoa punidas pela prática considerada delituosa. O art. 124 do Código Penal prescreve o seguinte: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outro lhe provoque” (BRASIL, 1940), a penalidade prevista é de 1 a 3 anos de detenção. Este crime somente pode ser cometido pela gestante, chamado de autoaborto, ou com o seu consentimento. Ele se configura com a extinção dolosa da pretensão do feto à vida, podendo ocorrer dentro ou fora do útero, quando o feto morre logo após ser retirado.

O art. 125, trata de aborto praticado por terceiros sem o consentimento da gestante, com penalidade de 3 a 10 de reclusão (BRASIL, 1940), hipótese em que somente o terceiro irá ser punido pelo crime. Esse artigo não é objeto de discussão. O art. 126, por sua vez, traz a punição daquele que praticou o aborto com o consentimento da gestante, qual seja, reclusão de 1 a 4 anos (BRASIL, 1940). A prática deste crime pode envolver também a prática do art. 124, pois a gestante pode prestar seu consentimento para que terceiros realizem o aborto. Nesta hipótese, ainda assim, são duas condutas distintas. São essas duas tipificações o objeto de discussão do presente artigo.

O art. 127, por fim, traz a forma qualificada do crime de aborto “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte” (BRASIL, 1940). Para a configuração deste artigo é imprescindível que a gestante tenha sofrido lesão corporal de natureza grave ou que tenha vindo a óbito.

Diante da criminalização do aborto muitas mulheres, ao se verem diante do cenário de uma gravidez indesejada acabam recorrendo ao aborto inseguro. Diniz, Medeiros e Madeiro (2016) apresentam dados da Pesquisa Nacional do Aborto realizada no ano de 2016, a pesquisa consistia em um levantamento domiciliar e obteve o seguinte resultado: uma em cada cinco mulheres até os quarenta anos havia realizado pelo menos um aborto em sua vida. Dentre essas mulheres, metade necessitou de internação hospitalar pois o aborto foi mal sucedido. Partindo desta constatação, intimamente ligada à saúde pública, deve-se reconhecer que o aborto inseguro pode causar à mulher várias complicações de saúde, como hemorragias, infecções, infertilidade e possíveis transtornos mentais pela decisão de realizar o aborto, podendo, até mesmo, levar à morte.

Na verdade, os efeitos potencialmente nocivos da criminalização do aborto não são desconhecidos. Carla dos Anjos, Vanessa Santos, Raquel Souza e Benedito Eugênio (2013, p. 505; 512), por exemplo, destacam que:

Índices de mortalidade decorrentes do aborto, na maioria das vezes, refletem mulheres solteiras ou separadas judicialmente. As desigualdades dos efeitos danosos da clandestinidade e da criminalização do aborto atingem principalmente a parte mais vulnerável da população, de mulheres pobres e negras, com baixa escolaridade, as mais jovens e aquelas com

menor acesso à informação. Além disso, quando se trata da razão de mortalidade materna por aborto, em relação às mulheres negras, obtém-se 11,28/100 mil nascidos vivos, ou seja, duas vezes mais do que em relação às mulheres brancas. (...) uma vez que o Estado nega proteção aos direitos reprodutivos, incluindo-se também o acesso ao aborto seguro, contribui para que as repercussões sobre a saúde mental feminina e os impactos da morbimortalidade por aborto sejam ampliados (MARTINS; MENDONÇA, 2005).

Dados ainda mais recentes, divulgados em uma reportagem do Portal G1 (ACAYABA; FIGUEIREDO, 2020), apontam para o fato de que, no primeiro semestre de 2020, o SUS realizou 80.948 curetagens e aspirações, que são procedimentos para fazer a limpeza no útero após um aborto mal sucedido, podendo ser espontâneo ou provocado, esse número foi 79 vezes maior que o de abortos legais (1024 realizados pelo SUS no primeiro semestre). A maior incidência por região dos procedimentos de curetagem e aspiração por aborto incompleto se deu no Sudeste e Nordeste. Contudo, não é possível saber o número exato de abortos realizados clandestinamente e de quantas mulheres foram atendidas em decorrência deste, mas segundo o DATASUS elas fazem parte deste número enorme desses procedimentos. Segundo a médica sanitária Tânia Lago, também ouvida nesta reportagem:

“A maioria dos abortos que precisam de um procedimento desse tipo são abortos induzidos, porque no aborto espontâneo é muito mais comum que ocorra a expulsão completa do produto da gravidez do que no aborto provocado”, explica a médica sanitária Tânia Lago, professora do departamento de Medicina Social da Santa Casa de São Paulo. “Não é possível dizer qual percentual dessas 80 mil mulheres atendidas pelo SUS fizeram um aborto induzido, mas com certeza é a maioria” (ACAYABA; FIGUEIREDO, 2020).

Quem acaba pagando a conta de abortos mal sucedidos é o próprio Estado. Em 2020, o SUS gastou cerca de 30 vezes mais com procedimentos para abortos incompletos diante de abortos legais, R\$14,39 milhões e R\$454 mil, respectivamente. Esses valores são referentes somente ao valor do procedimento de curetagem e aspiração, não sendo contabilizado os valores de medicamentos e internações (ACAYABA; FIGUEIREDO, 2020).

A descriminalização do aborto envolve diversas questões. Ela traz para a pauta o exercício da liberdade, cidadania e democracia. Macpherson (1962 *apud* MIGUEL, 2012, p. 662), diz que para a tradição liberal a *propriedade de si mesmo* é a base indispensável para o acesso à cidadania. Sendo assim e tendo em vista os dados acima apontados, não parece pacificada a questão relativa ao direito das mulheres a liberdade para decidir sobre seu próprio corpo, sobre gerar ou não uma

vida.

### 3.2 Exceções à criminalização

Apesar da limitação promovida pelo art. 124 e 126 do Código Penal, que impedem o exercício da liberdade de escolha da gestante, a legislação compreende algumas exceções que permitem a atipicidade da conduta prescrita nesses artigos, que estão precipuamente estão descritas no art. 128 do mesmo código:

Art. 128 – Não se pune aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

**Aborto necessário**

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez decorrente de estupro**

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

No caso do inciso I, chamado de aborto necessário ou terapêutico, a exceção incide quando a vida da gestante está em risco e não há outra forma de salvar tanto ela, quanto o feto senão pela opção de interromper a gravidez, caracterizando assim um estado de necessidade. É necessário, nesta hipótese, que haja expressamente o consentimento da gestante. O inciso II traz o aborto sentimental ou humanitário, que é o aborto decorrente de estupro. O fruto da gravidez é advindo de uma relação sexual não consentida, já sendo suprimida a liberdade sexual da mulher. “O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade” (LUIZ, 2014, p. 508 *apud* FILHO, 2016). Também aqui há a necessidade do consentimento da gestante ou de seu representante legal.

Além dessas duas hipóteses expressamente previstas em lei, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decidiu na ADPF 54 da seguinte forma, em relação ao aborto de feto anencéfalo:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (BRASIL, 2012).

A ADPF julgou como inconstitucional criminalizar o aborto no caso do feto ser anencefálico, pois as chances são quase nulas de ele sobreviver e fazer com que

uma mulher se submeta a uma gravidez para gerar um filho que falecerá logo após o nascimento, pode acarretar em danos mentais seríssimos para essa gestante. Essas exceções demonstram que a proteção objetiva a vida do feto não é absoluta. O art. 2º do Código Civil diz que a vida humana só é protegida enquanto direito subjetivo a partir do nascimento com vida, tanto é que o próprio dispositivo traz a questão da proteção objetiva ao embrião. Esse é o presente conflito que está diante dos casos da criminalização do aborto, afinal, em que medida essa proteção objetiva a vida intrauterina é suficiente para limitar a liberdade de escolha da mulher?

Além dessas alternativas previstas pela legislação e jurisprudência existem outras que se chocam e relativizam algumas correntes sobre o início da vida, como por exemplo, a pílula do dia seguinte. Este medicamento é uma combinação de hormônios utilizada como método contraceptivo de emergência, normalmente utilizado após uma relação sexual desprotegida ou o uso inadequado do anticoncepcional regular, e tem como objetivo evitar uma possível gravidez. Segundo o Ministério da Saúde (2001, p. 12) a pílula funciona da seguinte forma:

O mecanismo de ação varia bastante conforme o momento do ciclo menstrual em que a AE é administrada. Assim, se utilizada na primeira fase do ciclo menstrual, antes do pico do hormônio luteinizante (LH), a AE altera o desenvolvimento dos folículos, impedindo a ovulação ou a retardando por vários dias<sup>28, 32, 40, 44</sup>. A ovulação pode ser impedida ou retardada em quase 85% dos casos e, nessas circunstâncias, os espermatozoides não terão qualquer oportunidade de contato com o óvulo<sup>3</sup>. Na segunda fase do ciclo menstrual, após a ovulação, a AE atua por outros mecanismos. Nesses casos, a AE altera o transporte dos espermatozoides e do óvulo nas trompas. O mais importante é que a AE modifica o muco cervical, tornando-o espesso e hostil, impedindo ou dificultando a migração dos espermatozoides do trato genital feminino até as trompas, em direção ao óvulo. Além disso, a AE interfere na capacitação dos espermatozoides, processo fundamental para a fecundação. Por meio de um ou mais desses mecanismos é que a AE impede a fecundação. Significa afirmar que a AE impede o encontro entre o óvulo e os espermatozoides<sup>8, 20, 32</sup>. De toda forma, a eficácia da AE é resultado dos mecanismos de ação descritos que, em conjunto ou isoladamente, atuam impedindo a fecundação e sempre antes da implantação. Não há quaisquer evidências científicas de que a AE exerça efeitos após a fecundação ou que implique a eliminação precoce do embrião.

No direito brasileiro não há especificação de quando a vida do embrião se inicia, se é desde o momento da concepção, nidação ou após a formação do órgãos ou do sistema nervoso. Há diversas teorias acerca desse assunto. A primeira delas, ao menos do ponto de vista cronológico da gestação, é a teoria concepcionista, que acredita que o início da vida se dá no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Renata da Rocha (2008, p. 75 *apud* COSTA, JUNIOR, 2015, p.

299) diz que:

A teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entende que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se, para os concepcionistas, com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide. A partir desse evento, o embrião já possui a condição plena de pessoa, compreendendo, essa condição a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento.

A segunda teoria, é a da nidação, que segundo Cristiane Vasconcelos (2006, p. 35 *apud* COSTA, JUNIOR, 2015, p. 305), funciona da seguinte forma:

Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião.

A terceira e última teoria aqui analisada é a do desenvolvimento do sistema nervoso central, segundo a qual a vida humana só teria início após a formação do cérebro e do sistema nervoso central. Fernanda Souza (2010 *apud* COSTA, JUNIOR, 2015, p. 309) leciona que:

Esta teoria sustenta como principal defensor o biólogo contemporâneo Jaques Monod, prêmio Nobel de Biologia em 1965, o qual defende que, por ser o homem um ser fundamentalmente consciente, não é possível admiti-lo como tal antes do quarto mês de gestação, quando se pode constatar, eletroencefalograficamente, a atividade do sistema nervoso central diretamente relacionado à possibilidade de possuir consciência.

O ponto central da descriminalização do aborto é saber o momento em que se pode considerar o início da vida para que assim possa se determinar qual o momento limite para que seja praticado o aborto. Por não configurar crime a utilização da pílula do dia seguinte no nosso ordenamento jurídico pode-se afastar a teoria concepcionista como sendo o início da vida ou, ao menos, da sua proteção objetiva. Observa-se assim que a proteção à vida intrauterina não apenas não é absoluta, comportando assim algumas relativizações, mas também permite o exercício, mesmo que limitado, da autonomia reprodutiva. Resta saber, qual o momento a partir da nidação que se tem o início da proteção à vida.

#### **4 Descriminalização do aborto**

A descriminalização do aborto esbarra em diversas esferas da sociedade. A

política, a Igreja, apesar de o Estado ser laico, o Judiciário, são eles os atores que debatem a descriminalização. Como já visto acima, nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, este capítulo se dedica a analisar os argumentos favoráveis, bem como aqueles contrários ao reconhecimento de limites mais amplos para o exercício do direito da mulher ao próprio corpo, entendendo como corolário do direito à autonomia, notadamente, a autonomia reprodutiva. Posteriormente, buscase compreender a forma mais adequada de ponderar o conflito entre o direito a autonomia reprodutiva e a proteção objetiva à vida do feto.

#### **4.1 Debate entre as opiniões a favor e contra a descriminalização do aborto no Brasil**

Para decidir sobre a descriminalização ou não do aborto, é de suma importância definir em qual momento se inicia a proteção jurídica à vida do feto, como mencionado anteriormente. Diante do cenário jurídico nacional, foi possível excluir a hipótese da teoria concepcionista, tendo em vista a legalidade da venda, de forma irrestrita inclusive, da pílula do dia seguinte. A teoria natalista, por sua vez, que considera que o feto só tem vida após o nascimento, também pode ser descartada, porque o mesmo dispositivo da lei civil que afirma o direito subjetivo à vida a partir do parto com vida, prescreve a proteção, desde a concepção, da vida intrauterina. Além disso, o feto, na reta final da gravidez, é viável e poderia, ainda que com suporte médico adequado, sobreviver. Logo não cabe em falar de descriminalização do aborto de forma ilimitada, envolvendo também este momento final da gravidez.

A discussão de fato gira em torno da teoria da nidação e a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central. Um dos argumentos científicos em favor da teoria da nidação reconhece que:

Não seria possível o desenvolvimento do embrião fora do útero materno, tanto que nos casos da reprodução artificial, fertilização in vitro, em que a fecundação ocorre fora do corpo da mulher, se o embrião não for introduzido no útero materno ele não irá se desenvolver (COSTA; JUNIOR, 2015, p. 316).

Segundo esta corrente, o Código Penal adota a teoria da nidação, uma vez que ao considerar que o aborto é a eliminação da vida intrauterina, sendo possível o aborto somente após ocorrer a nidação, não sendo adequado falar em eliminação da vida extrauterina. Não obstante, há casos de gravidez nos quais o óvulo fecundado

não se fixa na parede do útero, se desenvolvendo nas trompas de Falópio, chamada de gravidez ectópica, sendo improvável a continuidade da gravidez e podendo até ser fatal se ela não for interrompida.

Entretanto, se a teoria da nidação afirma que é necessária a fixação do óvulo fecundado no útero, como explicar o desenvolvimento do embrião nas trompas de Falópio? Pois se quando ocorre a gravidez ectópica o corpo da mulher reconhece que ela está grávida, produz hormônios advindos da gravidez, então não há como afirmar que o início da vida se dá conforme a teoria da nidação.

A teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central tem como argumento científico a possibilidade de se proteger vida humana do feto após o início das atividades cerebrais, o que ocorre por volta do quarto mês de gestação. Pode-se encontrar o argumento jurídico para corroborar essa teoria na ADPF 54, na qual discutiu-se a possibilidade de aborto em caso de feto anencéfalo. Segundo o Ministro Relator Marco Aurélio, anencefalia pode ser definida como a “má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico” (BRASIL, 2005). O ministro Luís Roberto Barroso cita ainda que: “no feto anencefálico, o cérebro sequer começa a funcionar. Então não há vida em sentido técnico e jurídico” (BRASIL, 2005)

Portanto, se é possível a interrupção de feto que não apresenta atividades cerebrais, pois ele nunca teve vida, mesmo após passar pela fase da concepção e da nidação, pode-se dizer que, juridicamente, a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso está respaldada. Na decisão da ADPF 54, o ministro Marco Aurélio reconheceu ainda que o direito a vida não é absoluto:

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão (BRASIL, 2005).

Na mesma decisão o Ministro Ricardo Lewandovisk votou contra a descriminalização do aborto terapêutico, o que leva muitos juristas a acreditarem que, em uma possível votação para a descriminalização do aborto em sua



totalidade, ele não seja favorável. Em seu voto na ADPF 54 ele diz:

A temática, com efeito, reveste-se de extrema complexidade, não só do ponto de vista jurídico, como também ético e até mesmo científico. É que, além de envolver o princípio fundamental da proteção à vida, consagrado em nossa Constituição (art. 5º, caput), e em diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a começar da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4,1), uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina. Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas. [...] Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido (BRASIL, 2005).

Nota-se, ainda assim, que a posição do Ministro Lewandovisk não opõe uma barreira intransponível ao argumento da licitude do aborto até o momento do desenvolvimento da atividade neural. Na verdade, aquilo que está dito em seu voto apenas afirma que, mesmo um feto cuja formação neural está prejudicada, pode sobreviver ao parto, por isso, não é possível afirmar que o aborto dos anencéfalos seria lícito. Contudo, ele não descarta, ao menos não expressamente, que ausente atividade neural, possa-se promover a interrupção da gravidez. Sendo assim, o argumento em tela permanece válido, afinal se o procedimento for realizado antes mesmo dos primeiros vestígios de atividade neurofisiológica, não ofenderia a premissa apresentada neste voto do ministro.

Além disso, em 2016, foi julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* 124.306/RJ, no qual o Ministro Luís Roberto Barroso declarou a inconstitucionalidade da criminalização do aborto realizado até o terceiro mês de gravidez. Ainda que de forma incidental, foi acompanhado pela maioria dos ministros. Em seu voto-vista, o Ministro Barroso (BRASIL, 2016) faz as seguintes considerações para fundamentar o seu voto:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que

deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. [...] A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Entretanto, há quem discorde das considerações realizadas pelo Ministro. Quanto ao julgamento mencionado acima, Streck e Barba (2016) criticam o Ministro em relação ao emprego do princípio da proporcionalidade:

O fundamento central do voto seria uma ponderação entre o bem jurídico protegido pelos artigos 124 e 126, “vida potencial do feto” em face de “diversos direitos fundamentais da mulher” (*sic*), feita em nome do “princípio da proporcionalidade” da teoria de Robert Alexy. Já de início, podemos referir que a própria utilização da nomenclatura “princípio da proporcionalidade” é empregada de forma equivocada. Na famosa *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a proporcionalidade é uma *máxima* utilizada como método para aplicar a colisão entre princípios. Trata-se da *máxima da proporcionalidade* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). E isso não é apenas uma discussão semântica. Na medida em que a máxima da proporcionalidade é o critério para determinar o peso da colisão entre princípios, como poderia ser, ela mesma, um princípio? Aliás, Virgílio Afonso da Silva alerta para o fato de que, ainda que tivéssemos apenas as opções “regra” ou “princípio”, seria mais adequado enquadrar a “máxima da proporcionalidade” como regra (ou melhor, uma metaregra). Ademais, o próprio Alexy considera que “As três máximas parciais são consideradas como regras”. Evidente, pois princípios para Alexy são mandamentos de otimização e, dessa forma, podem ser aplicados em maior ou menor grau.

Rebatendo ainda o argumento de Ministro, trazem ainda:

É claro que a mulher tem direitos sexuais e reprodutivos, bem como à autonomia, integridade física e psíquica e de ser tratada com igual consideração e respeito. Não é disso que se trata. Não se trata de uma ponderação do “direito ‘x’ versus o direito ‘y’”. É pressuposto básico de um Estado de Direito que este se encarregue da proteção da vida dos seus cidadãos. Esses direitos dos quais se levantam não abarcam a possibilidade do indivíduo (independentemente da sua sexualidade) retirar a vida de um terceiro. Como se diz popularmente, “a liberdade de ação de um termina quando começa a de outro”. E isso já sabemos desde que o liberalismo político estava engatinhando. Do contrário, deveríamos concluir, por coerência argumentativa, que através de argumentos principiológicos abstratos possam ser justificadas violações gravíssimas a bens jurídicos concretos e reais. Na verdade, por intermédio da lei do sopesamento, esconde-se a facticidade atrás da abstratidade semântica de conceitos

como “dignidade sexual”, “direitos reprodutivos” ou “autonomia”, que, por sua força simbólica, acabam, na prática, distorcendo a proteção constitucional a bens jurídicos indispensáveis a qualquer Estado de Direito, como o direito à vida (STRECK; BARBA. 2016).

O debate sobre a descriminalização sempre gerará controvérsias, tendo em vista que não leva só em conta a questão jurídica, mas sim, moral, religiosas e pessoais. O que deve haver é uma ponderação para que um direito não se sobreponha ao outro e é disso que se passa a tratar.

#### **4.2 A fronteira da descriminalização: alternativas ao atual tratamento legal das práticas abortivas**

A gravidez não pode ser considerada como um período só, pois o desenvolvimento do feto se dá ao longo dos nove meses, desde a fecundação até o nascimento. Deste modo, não se pode tratar o início da mesma forma que o fim da gestação. A descriminalização do aborto não pode e não deve se dar de forma irrestrita, deve atender alguns critérios e, principalmente, levar em conta o período gestacional, para que, correlacionado com as teorias do início da vida possa se decidir qual o momento ideal para que se pratique o aborto e preserve o direito à liberdade de escolha da mulher e o direito a vida do feto, especialmente quando este já poderia sobreviver fora do corpo da mãe.

Como já discutido anteriormente, a criminalização do aborto atinge principalmente a população mais carente da sociedade, pois as mulheres de baixa renda não tem um acesso adequado à educação, principalmente sexual, têm dificuldades em adquirir métodos contraceptivos e ao se ver diante de uma gravidez indesejada, a qual pode trazer problemas de diversas ordens, elas acabam recorrendo ao aborto inseguro em clínicas clandestinas ou até mesmo àquele realizado em casa, a partir de métodos nada convencionais. As mulheres com estabilidade financeira, por sua vez, podem viajar para algum país onde o aborto é legalizado e lá realizá-lo ou procurar alguma clínica que, apesar de clandestina, ofereça condições seguras de realizar o aborto.

Ter um filho gera inúmeras consequências a uma mãe, desde mudanças no seu corpo, tanto físicas, hormonais ou psíquicas, quanto mudanças de planos futuros. Um filho requer cuidados, atenção, alimentação, vestimenta, entre outros insumos indispensáveis, sendo necessária uma condição financeira para que ele possa ter uma vida digna. Entretanto, muitas mulheres se veem em uma situação

contrária a essa, já tendo outros filhos, sendo a única responsável pela criação da sua prole ou não tendo apoio familiar. Uma gravidez indesejada nestas circunstâncias promove desespero ao se ver desamparada até mesmo pelo Estado, o qual a obriga a dar continuidade a essa gravidez.

É verdade, que o Estado, através do SUS, oferece um programa de planejamento familiar e métodos contraceptivos, porém, esses serviços não chegam a todas as mulheres. O ideal seria expandir esses programas para tentar atingir a população mais carente, para que assim elas possam conhecer do sistema e os métodos. Não basta, no entanto, que se atenda somente às mulheres, é necessário envolver também aos homens, pois estes contribuem de igual para igual em uma gravidez. A educação sexual é necessária para que eles conheçam seus próprios corpos, para que saibam prevenir uma gravidez e também as doenças sexualmente transmissíveis, para que utilizem os métodos contraceptivos de forma correta. Ao oferecer o aborto seguro através do SUS, é necessário que haja um planejamento a ser seguido, tais como consultas médicas, apoio psicológico, amparo estatal e, se possível, contatar a família para que essa mulher não se veja sozinha em um momento tão desafiador de sua vida.

Tendo em vista aquilo que fora debatido até o presente, a política criminal sozinha promove resultados mais perversos, inclusive para o direito à vida – da mãe, no caso. O aborto é questão de saúde pública, sua criminalização não impede que ele ocorra, somente cria ainda mais uma desigualdade social e sobrecarrega o SUS com os abortos mal sucedidos, fazendo com que o Estado tenha que arcar com essa conta, tendo em vista os atendimentos e realizações de procedimentos de limpeza do útero, curetagens e aspirações. Poder-se-ia argumentar que esta formulação consequencialista do argumento não é o bastante, afinal, a proteção à vida intrauterina é uma questão de princípio, de direito fundamental como afirmaram Streck e Barba (2016). Contudo, deve-se ainda considerar outra questão: se o argumento consequencialista não é o bastante para reconhecer o início da vida após o desenvolvimento das capacidades biológicas quanto à atividade neural, por que a Lei de Transplantes (Lei n. 9.434/1997), assume como bastante a morte encefálica?

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).

Nota-se que para a viabilização da realização de transplantes de órgãos, procedimento indispensável para assegurar que alguns indivíduos possam continuar a viver digna e saudavelmente, reconhece-se o fim da vida com a extinção da atividade neural, por que então o início desta não pode ser considerada o início da vida quanto se trata de proteger e efetivar o direito da mulher ao próprio corpo? Por que é possível reconhecer que a vida não existe mais em um corpo quando sua atividade cerebral cessa, mas não fazer o mesmo quanto ao corpo da mulher abriga um ente cuja atividade cerebral também é inexistente? Parece ser mais plausível, pois, adotar a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso, pois se a morte é considerada após o fim das atividades cerebrais, pode-se dizer que a vida só começa após o início destas mesmas atividades cerebrais. O momento limite para a realização do aborto seria então antes do início destas atividades, ou seja, no primeiro trimestre de gestação.

Outra temática pertinente ao tema envolve reconhecer que é necessário incluir mulheres nas discussões políticas acerca do aborto. A elaboração do Código Penal, em 1940, não contou com participação feminina, afinal, trata-se de um Decreto-Lei editado por um presidente/ditador homem. O patriarcado estava presente e há pouco tempo a mulher havia conquistado o direito ao voto. Como se discute um assunto particularmente feminino sem a presença de mulheres? A presença feminina é importante na discussão sobre descriminalização do aborto, pois o corpo que gera um filho é o da mulher, a saúde física e psíquica que será afetada e os planos que deverão ser modificados são os da mulher.

## **5 Conclusão**

A criminalização do aborto reflete a intervenção do Estado sobre o corpo da mulher. Ela vê seu poder de decidir continuar ou não uma gravidez limitado. Resta saber, considerando-se que a legislação somente permite o aborto em alguns casos especiais, como o aborto sentimental, o aborto terapêutico e o aborto eugênico, conforme o art. 128 do Código Penal e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que medida a descriminalização do aborto pode contribuir para a efetivação de direitos fundamentais da mulher, pois a criminalização do aborto ofende a liberdade de escolha e reprodutiva dela.

Essas permissões se deram devido à grande luta travada pelo feminismo desde o século passado e são consideradas vitórias, tendo em vista a forte influência do patriarcado sobre a sociedade ao longo dos tempos. Contudo, a luta ainda não acabou. O movimento feminista travou uma luta pela liberdade de escolha e reprodutiva da mulher para que, assim, ela possa decidir ser mãe ou não, porém, encontra pelo caminho o patriarcado, a igreja e a política. A proteção destes endereça-se à vida do feto. Entretanto, sabe-se que nenhum direito é absoluto, o que permite configurar o entrelaço entre a autonomia reprodutiva da mulher e o direito à vida do feto.

No Brasil, a alta incidência de complicações decorrentes da prática do aborto clandestino revela que a criminalização não faz com que ele não ocorra e é o Estado que acaba pagando a conta destes procedimentos. Contudo, antes de falar de descriminalização, é preciso reconhecer as diversas teorias em torno no início da vida. Destaca-se três, a teoria concepcionista, a teoria da nidação e a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso. Diante do ordenamento jurídico brasileiro pode-se descartar a teoria concepcionista devido à legalidade da pílula do dia seguinte. O embate ocorre entre a teoria da nidação e a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso. Diante da constatação da morte, que é considerada após a ausência de atividade cerebral, a teoria do início da vida que mais adequadamente permite balancear os direitos em conflito é a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso. A partir desta conclusão, é possível inferir ainda que a descriminalização do aborto não pode se dar de forma irrestrita, deve se restringir ao início da gestação, antes da formação do sistema nervoso.

A realização do aborto através do Sistema Único de Saúde de forma legalizada deverá também ser precedida de diversos procedimentos. De início, o Estado deverá fornecer ampla educação, principalmente sexual para todos, mulheres e homens. Deverá também fornecer equipes compostas de pessoas que auxiliam as famílias a fazerem um planejamento familiar e que esses programas cheguem, sobretudo, nas famílias mais carentes. Além disso, é de suma importância que os direitos das mulheres estejam não apenas na pauta de discussão, mas também que as próprias mulheres disponham de um lugar privilegiado para debater e decidir questões relativas àquilo que ocorre consigo, inclusive o aborto.

## **Referências bibliográficas**

ACAYABA, Cíntia., FIGUEIREDO, Patrícia. SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos mal sucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020. *Portal G1* [online], São Paulo, 20 de ago. de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/20/sus-fez-809-mil-procedimentos-apos-abortos-malsucedidos-e-1024-interrupcoes-de-gravidez-previstas-em-lei-no-1o-semester-de-2020.ghtml>> Acesso em: 16 de novembro de 2020.

BRASIL. *Código Penal, Decreto Lei nº 2848 de 1940*, 07 de dezembro de 1940 (texto compilado). Brasília: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

BRASIL. *Lei de Transplantes*, Lei n. 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, Brasília: Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=Art.,permitida%20na%20forma%20desta%20Lei.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=Art.,permitida%20na%20forma%20desta%20Lei.>)>. Acesso em 27 de nov. de 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 54/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27 de abril de 2005, Brasília: Diário de Justiça eletrônico, 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 11 de outubro de 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 124306 RJ nº 9998493-51.2014.1.00.0000*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09 de agosto de 2016, Brasília: Diário de Justiça eletrônico, 2017. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF\\_HC\\_124306\\_cd71f.pdf?Signature=OfrP6y78sxbk2re1jXmp9cD4zxo%3D&Expires=1589415038&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=19c2cbc1ae839d305945db8e1a01ae44](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_HC_124306_cd71f.pdf?Signature=OfrP6y78sxbk2re1jXmp9cD4zxo%3D&Expires=1589415038&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=19c2cbc1ae839d305945db8e1a01ae44)> Acesso em: 11 de outubro de 2020.

CARDOSO, B. B., VIEIRA, F. M. S. B., SARACENI, V. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? *Caderno de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, fev. 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2020001305001](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001305001) Acesso em: 16 de novembro de 2020.

CECATTI, J. G., GUERRA, G. V. Q. L., DE SOUSA, M. H. e MENEZES, G. M. S. Aborto no Brasil: um enfoque demográfico. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, Rio de Janeiro v. 32, n. 3, mar. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-72032010000300002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-72032010000300002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 8 de novembro de 2020.

COSTA, R., M., JUNIOR, C., G. Teorias jurídicas acerca do início da vida humana. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. Franca, v. 10, n. 2. 2015. Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291>> Acesso em: 15 de novembro de 2020.

DINIZ, D., MEDEIROS, M., MADEIRO, A. Pesquisa Nacional do Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, fev. 2017. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=pt&tlng=pt)>. Acesso em: 11 de novembro de 2020.

DOS ANJOS, K. F., SANTOS, V. C., SOUZAS, R., EUGÊNIO, B. G. Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. *Saúde em debate*, Rio de Janeiro, dez. 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/sdeb/2013.v37n98/504-515/>>. Acesso em: 8 de abril de 2020.

DOS ANJOS, K. F., SANTOS, V. C., SOUZAS, R., EUGÊNIO, B. G. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. *Revista Bioética*, Brasília, v. 21, n. 3, sep./dez. 2013. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422013000300014](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300014)> Acesso em: 20 de setembro de 2020.

FILHO, J. N. Aborto (arts. 124 a 128). *Direito Penal*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://josenabucofilho.com.br/home/direito-penal/parte-especial/aborto-arts-124-128/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2020.

FOLLADOR, K. J. A mulher na visão do patriarcado brasileiro: uma herança ocidental. *Revista fatos&versões*, Uberlândia, v. 1 n. 2. P. 3-16., 2009. Disponível em: <[https://d1wqxts1xzle7.cloudfront.net/31446858/REVISTA\\_FATOS\\_E\\_VERSOES\\_-\\_MULHER\\_NO\\_PATRIARCADO\\_BRASILEIRO.pdf?1372145840=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA\\_MULHER\\_NO\\_PATRIARCADO\\_BRASILEIRO.pdf&Expires=1606493153&Signature=YMHkTEKFnM1JxWwJBuYF-PJ7xCoRivMTR~y2eLpbhsPo61SYAAYWJ83cDav-prb5Z~vRabB508XaxCBM~38wDPdTooPa7fXHKadzU5a2XhhmHiKuOJ51bG7imHHRPfqOxCAbj32ddyF4jqnYH4tXHYA7VKZ-fgvVPxDfgJJKfLsMfUgOBjmvhKoeUk8hGb7~khILGafE3e0gcCo7V7ae3Bic1TdUNpp1dVyHrjsQ4DWepLy~CJzBUa3ir4cu5x35XDZRGOKm0zyOVvS3hSoBGvuLuoF26lem5N~loxidq0JCWynpSw5tbpIOHPRF8yR4jbv4jQMslFGoHhDxAV9iA\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqxts1xzle7.cloudfront.net/31446858/REVISTA_FATOS_E_VERSOES_-_MULHER_NO_PATRIARCADO_BRASILEIRO.pdf?1372145840=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA_MULHER_NO_PATRIARCADO_BRASILEIRO.pdf&Expires=1606493153&Signature=YMHkTEKFnM1JxWwJBuYF-PJ7xCoRivMTR~y2eLpbhsPo61SYAAYWJ83cDav-prb5Z~vRabB508XaxCBM~38wDPdTooPa7fXHKadzU5a2XhhmHiKuOJ51bG7imHHRPfqOxCAbj32ddyF4jqnYH4tXHYA7VKZ-fgvVPxDfgJJKfLsMfUgOBjmvhKoeUk8hGb7~khILGafE3e0gcCo7V7ae3Bic1TdUNpp1dVyHrjsQ4DWepLy~CJzBUa3ir4cu5x35XDZRGOKm0zyOVvS3hSoBGvuLuoF26lem5N~loxidq0JCWynpSw5tbpIOHPRF8yR4jbv4jQMslFGoHhDxAV9iA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA)>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

LOURO, G., L. Gênero, história e educação: construção e desconstrução. *Educação e Realidade*. Rio Grande do Sul, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71722/40669>> Acesso em: 16 de novembro de 2020.

MIGUEL, L. F. Aborto e democracia. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 3, sep./dez. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2012000300004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2012000300004&script=sci_arttext)>. Acesso em: 8 de novembro de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Anticoncepção de Emergência: perguntas e respostas para os profissionais da saúde. *Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos*. Nº 3. 1ª Ed. Brasília, 2005. Disponível em: <[https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/caderno3\\_saude\\_mulher.pdf](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/caderno3_saude_mulher.pdf)> Acesso em: 16 de novembro de 2020.



MIRABETE, J. F., FABRINI, R. N. *Manual de Direito Penal: Parte especial – art. 121 a 234 CP*. Vol. 2. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008, 548p.

SARMENTO, D. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>. Acesso em: 08 de outubro de 2020.

SCAVONE, L. Políticas feministas do aborto. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 16, n. 2, mai./ago. 2008. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200023&script=sci\\_arttext#back9](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200023&script=sci_arttext#back9)>. Acesso em: 11 de novembro de 2020.

RIBEIRO, A. I. M. *Mulheres educadas na colônia: 500 Anos de educação no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte. Autêntica, 2000, p. 79-94.

STRECK, L. L., BARBA, R. G. D. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. *Conjur*, São Paulo, dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf#sdfootnote8sym>> Acesso em: 11 de novembro de 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. *Nações Unidas do Brasil*, set. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>>. Acesso em: 8 de outubro de 2020.

SANTOS, V. C., ANJOS, K. F., SOUZAS, R., EUGENIO, B. G. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. *Revista Bioética*. Brasília, v. 21, n. 3, set./dez. 2013. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422013000300014&script=sci\\_arttext&lng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422013000300014&script=sci_arttext&lng=pt) Acesso em: 15 de novembro de 2020.