

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Mônica de Melo

**Direito fundamental à vida e ao aborto a partir de uma perspectiva
constitucional, de gênero e da criminologia.**

DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

SÃO PAULO
2018

Mônica de Melo

**Direito fundamental à vida e ao aborto a partir de uma perspectiva
constitucional, de gênero e da criminologia.**

DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de Doutor em Direito
Constitucional sob a orientação da Prof. Dra. Silvia
Pimentel

SÃO PAULO

2018

Mônica de Melo

**Direito fundamental à vida e ao aborto a partir de uma perspectiva
constitucional, de gênero e da criminologia**

DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de Doutor em Direito
Constitucional sob a orientação da Prof. Dra. Silvia
Pimentel

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Para Antonio, Caio e Francisco.

Com eles posso vivenciar os significados profundos da maternidade desejada e a importância de se respeitar o direito da mulher de decidir.

AGRADECIMENTOS

Findo um longo e árduo processo de elaboração de uma tese de doutorado, é hora de respirar com certo alívio. Não completamente, porque ainda resta a defesa pública para a qual devo me preparar. É muito diferente de uma festa, quando dizemos que, melhor que a festa em si, é o esperar por ela. Durante o último ano, meu desejo recorrente era dormir profundamente e acordar em 2019! A tese pronta, tudo resolvido, num passe de mágica! Sim, esperar pela elaboração da tese é muito pior do que vê-la terminada. Mas as dores desse caminho são, por muitas vezes, partilhadas. Nunca se elabora uma tese completamente só. Embora toda a responsabilidade pela escrita seja da autora mesmo.

Nesse percurso, felizmente, pude compartilhar minhas dúvidas, angústias e pequenas conquistas de mais uma página, mais um capítulo, mais uma leitura concluída, mais um inquérito policial lido, mais uma bibliografia encontrada com muitas pessoas. Temo tentar nominá-las e me esquecer de alguém, porque, na compreensão de que tenho da vida, até mesmo, aquela escapada culpada para um bar, com amigos, no meio do processo de escrita, em que nada se falou da tese, teve sua importância, afinal é preciso respirar um pouco, ter alegrias na vida, estar fortalecida e bem consigo mesma. E a funcionária do cartório? Nem sempre com paciência, é verdade, pegava todos os livros de registros de feitos de anos. E colegas de aulas das disciplinas que cursei no doutorado? Foram dezenas de leituras indicadas por eles e pelos professores. E os seminários, apresentações e artigos que realizamos juntos? Também tiveram os que se tornaram mais próximos e com eles desenvolvi outros projetos. A todos vocês, muito obrigada. As amigas e os amigos são uma das melhores coisas da vida!

Quero agradecer especialmente e nominalmente à minha irmã Marcia de Melo, por tudo. Ela sabe o que é esse “tudo”. À minha irmã Maria Paula que foi muito parceira ao ajudar na elaboração de todos os gráficos e tabelas.

Agradeço, ainda, aos professores Roberto Dias e Adriana Ancona de Faria pelos comentários, críticas e correções imprescindíveis que foram feitos na banca de qualificação.

Agradeço profundamente à minha orientadora, Professora Silvia Pimentel, pela proximidade compartilhada em tantos projetos, pela leitura atenta e crítica, pelas sugestões bibliográficas, por ser um exemplo, para mim, de mulher, de feminista, de intelectual e de generosidade.

Ao meu companheiro Antonio, com amor, por tornar meus dias mais felizes em nossa desafiante jornada amorosa, na qual compartilhamos a paternidade e maternidade do amado e desejado Francisco.

À Defensoria Pública do Estado de São Paulo pelo apoio institucional, pela vivência e pelo chamado constante à indignação com tantas injustiças, com tanta exclusão e desigualdade social, de raça/etnia, de gênero e tantas outras.

Agora, que venha a defesa! 2019 se anuncia!

RESUMO

MELO, Mônica de. *Direito fundamental à vida e ao aborto a partir de uma perspectiva constitucional, de gênero e da criminologia*. 2018. 188 f. Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2018.

Defende-se na tese a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no Brasil por violar a dignidade humana das mulheres e seus direitos constitucionais fundamentais à vida digna, à liberdade, à autodeterminação, à diferença, à privacidade e à intimidade. Cabe interpretação conforme mantendo-se as hipóteses de aborto atualmente previstas no Código Penal. A criminalização do aborto viola ainda a laicidade do Estado e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, no qual o Brasil se insere, ao trazer o dever de rever a atual legislação penal incriminadora. A discriminação de gênero opera fortemente no sentido de operacionalizar um Direito que busca controlar a sexualidade e saúde reprodutiva das mulheres, impedindo-as de realizar escolhas morais com autonomia e responsabilidade. A criminalização do aborto não passa pelo crivo da regra da proporcionalidade por não ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Não impede a realização expressiva de abortos havendo meios mais eficazes e menos restritivos de impedir abortos e proteger a vida do nascituro. Ademais a análise da criminalização secundária demonstra a inefetividade da criminalização primária que opera, neste caso, somente para trazer mais dor e sofrimento além do que já causa a escolha pela realização do aborto. É possível implementar modelo em que o aborto seja permitido realizando-se ponderação entre o direito à vida e os direitos fundamentais das mulheres.

Palavras-chave: Aborto; Direito à Vida; Discriminação de Gênero; Criminologia; Proporcionalidade; Interpretação Conforme.

ABSTRACT

MELO, Mônica de. *Fundamental right to life and abortion from a constitutional, gender and criminology perspective*. 2018. 188 f. Doctorate thesis in Constitutional Law. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2018.

This doctorate thesis defends the unconstitutionality of criminal treatment of abortion in Brazil by overstepping women's human dignity and their fundamental constitutional rights to a worthy life, freedom, self-determination, difference, privacy and intimacy. It is necessary to interpret thought the constitution, keeping the hypotheses of abortion currently foreseen in the Penal Code. Abortion criminalization also violates the secularity of the state and protection of human rights international system, which Brazil is included, by bringing the duty to review the existing criminal legislation. Gender discrimination strongly operates in the sense of articulating a law that aimed to control the sexuality and on women's reproductive health care, by preventing them from making moral choices with autonomy and responsibility. The abortion criminalization does not go through the rule of proportionality as it is not suitable, necessary and proportionate in a strict sense. It does not prevent the expressive realization of abortions having more effective and less restricted means of preventing abortions and protecting the life of unborn child. More over the analysis of secondary criminalization demonstrates the ineffectively of primary criminalization that operates, in this case, only to bring more pain and suffering beyond of what already causes the choice for the accomplishment of abortion. It is possible to implement a strategy in which abortion is allowed by weighting between the right to life and the fundamental rights of women.

Keywords: Abortion; Right to Life; Gender Discrimination; Criminology; Proportionality; Interpreted in Conformity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE 1 – RELAÇÕES SOCIAIS DE GÊNERO E O DIREITO	17
1.1 Relações sociais de gênero e criminalização do aborto	17
1.1.1 Da opressão das mulheres à opressão de gênero.....	17
1.1.2 A teoria <i>queer</i> como possibilidade de superação da identidade binária que penaliza o corpo sexuado tido como feminino.....	29
1.2 “Ideologia de gênero” e a criminalização absoluta do aborto no Brasil.....	32
PARTE 2 – O ABORTO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	42
2.1 Direito ao Estado Laico: a laicidade na Constituição.....	42
2.2 Direito à vida: conteúdo da proteção constitucional integrado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de <i>San Jose da Costa Rica</i>	51
2.2.1 Proteção constitucional do direito à vida: cabe gradações ao longo do processo e proteção diferenciada ao longo do tempo de sua formação?	65
2.3 Direitos constitucionais imbricados que fundamentam o dever de descriminalização no Brasil	76
2.3.1 Dignidade da pessoa humana, direito à liberdade, à autodeterminação, à diferença, à privacidade e à intimidade.....	77
2.3.2 Direito à saúde reprodutiva e ao planejamento familiar	87
PARTE 3 – A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL	94
3.1 A criminalização do aborto como face do controle da sexualidade e de identidade dentro da estrutura das relações sociais de gênero. A construção da maternidade obrigatória como fator de identificação das mulheres	94

3.2 A criminalização primária do aborto e o Código Penal de 1940	100
3.2.1 Hipóteses de aborto legal	105
3.2.2 Aborto em caso de anencefalia	106
3.3 A criminalização secundária do aborto: seletividade penal de mulheres pobres, negras e de baixa escolaridade.....	111
3.3.1 Análise dos inquéritos policiais e processos criminais de aborto no I Tribunal do Júri de São Paulo de 1990 a 2012 e “descriminalização de fato”	123
3.4 A criminologia crítica e feminista e o aborto no Brasil.....	134
3.5 Inconstitucionalidade da criminalização do aborto: interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 e aplicação da regra da proporcionalidade.....	140
3.5.1 Interpretação conforme à Constituição e proporcionalidade para determinar a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o primeiro trimestre de gravidez: Habeas Corpus 124.306/RJ e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 442.....	151
3.6 A necessária revisão das leis brasileiras sobre a criminalização do aborto advinda dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e da Normativa Internacional	157
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	167
REFERÊNCIAS	170

INTRODUÇÃO

Janaína é analfabeta. Foi colocada na escola aos 7 anos, mas a professora disse que era “retardada mental”. A partir daí nunca mais frequentou a escola. Mora com o pai. Nunca trabalhou. E nunca foi tratada da saúde mental, o que só veio a acontecer após seu último aborto em 2002. Sua irmã disse que esse foi espontâneo, pois tinha miomas. Não sabia falar na inquirição e foi interpretada pela irmã e só respondia por gestos, sim ou não. Não soube dizer com quem tinha tido relações sexuais nem onde. Ela foi ao posto de saúde com o feto numa sacola de supermercado (cerca de 5 meses). O posto acionou o COPOM que a levou para um Hospital onde fez a curetagem. É deficiente mental, some de casa, já fez 5 ou 7 abortos. Ao que parece 4 deles espontaneamente e os outros com ingestão de chás. Teve um filho que também nasceu deficiente mental (“mongol”) e morreu com 11 anos. Esse filho seria de um cunhado com o qual ela teria tido a primeira relação sexual. Teria sido um estupro quando tinha cerca de 22 anos. Depois disso passou a ficar muito na rua e ter outras relações sexuais com vários homens de forma indiscriminada. Laudo do IML: retardo mental moderado.¹

A criminalização do aborto² tornou-se um grave problema de saúde pública no Brasil. Nota técnica apresentada pelo Ministério da Saúde, em 3 de agosto de 2018, na audiência pública referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, na qual se discute a inconstitucionalidade da criminalização do aborto, ressaltou que a mortalidade materna é um dos indicadores mais sensíveis para avaliar a qualidade de vida e o acesso a uma saúde de qualidade pelas mulheres de um dado território e em determinado período de tempo:

Em 2000 o Brasil assumiu compromisso internacional com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), o que implicaria reduzir a morte materna em 75% até 2015, tendo por base os dados de 1990. Isso permitiria que o país chegasse a uma Razão de Mortalidade Materna (RMM) de 35 óbitos/100.000 nascidos vivos em 2015. Embora o número de mortes maternas no Brasil tenha apresentado uma redução de 57%, entre 1990 e 2015, esta foi menor que a prevista nos ODM, e o

¹ Todos os relatos de abortos constantes desta tese aconteceram entre 1988 e 2014, tramitaram perante o Primeiro Tribunal do Júri da Capital/São Paulo e foram extraídos de autos processuais. Os nomes são fictícios, as histórias verdadeiras. Mostram dor e sofrimento que a criminalização do aborto inflige às centenas de mulheres “selecionadas” pelo sistema penal: as mais vulneráveis. Não seria feito ciência do Direito (se é que o presente trabalho atinge essa pretensão), se fosse escrita uma tese desconectada da realidade concreta, da vida das pessoas, dos seus dramas e das suas histórias. Espera-se que todo o esforço e reflexão empreendidos possam apontar caminhos em que o Direito não seja mais um instrumento de opressão das mulheres.

² Danda Prado (2007, p. 13-16) diz que o aborto é hoje uma das palavras mais explosivas, mais carregadas de tabus e preconceitos de nossa linguagem cotidiana. Após uma exploração da palavra por diversos dicionários, inclusive de outros idiomas, esclarece que abortamento é o termo correto, empregado nos meios médicos. Aborto é uma corruptela da palavra, de uso corrente. Drezett e Pedroso (2012, p. 35) dizem que a Organização Mundial de Saúde (OMS) define clinicamente por abortamento a interrupção da gravidez até a 22ª semana, com produto da concepção pesando menos que 500 gramas. Nesta tese, foi adotado o termo de uso corrente “aborto”, mesmo quando referido ao processo de abortamento, sem fazer distinção.

Brasil chegou ao final de 2015 com uma RMM de 62,0 óbitos/100.000 nascidos vivos.

O aborto é a 4ª causa de morte materna por causas obstétricas diretas no país. Vale destacar o grande desafio que é reduzir a mortalidade materna por abortamento em países onde o aborto se realiza na clandestinidade e ilegalidade. A ilegalidade aumenta a chance de complicação, pois leva às mulheres a não declarem ter interrompido a gestação quando são atendidas na emergência dos hospitais, dificultando o diagnóstico e intervenção médica oportuna, agravando o risco de morte. (BRASIL, 2018b, p. 5-7).

A criminalização do aborto também não tem sido eficaz no sentido de prevenir a sua realização, muitas mulheres abortam na clandestinidade, em condições de risco, sem acompanhamento médico ou hospitalar e, quando o procuram, são por vezes denunciadas e presas. Há poucos dados sobre a magnitude do aborto, sobre quem são as mulheres que abortam, como abortam e em quais condições. Isso se deve, em parte, às dificuldades de se pesquisar um tema que envolve a repressão penal – controle social formal, mas também o controle social informal.

Ao que parece ninguém é imune ao tema, todos têm algo a dizer sobre ele. As mulheres que engravidam e não desejam levar adiante a gravidez também sofrem o escrutínio social quanto ao exercício de sua sexualidade, quanto ao fato de não desejarem a maternidade, por terem outros projetos de vida naquele momento, por questões sociais, econômicas, por já estarem satisfeitas com o número de filhos, pela ausência dos pais, pela ausência de suporte social-público para quem tem filhos, dentre tantas possíveis razões.

É um tema altamente controverso socialmente, que desperta paixões, ódios e polarizações de toda ordem e em todos os campos: religioso, moral, social, filosófico, de saúde, jurídico etc.³

Marcia Tiburi (2014, p. 163) diz que o aborto é a mais perfeita metáfora do moralismo – uma metáfora do “mal” construída pelo olhar desrespeitoso contra as mulheres – que está na base fundamental do discurso patriarcal. A discussão do aborto no Brasil não passaria de

³ A polêmica do tema revela-se nas pesquisas de opinião. Manchete do jornal Folha de São Paulo, de 22 de agosto de 2018, dizia que a maioria dos brasileiros segue contrária à legalização do aborto, segundo dados obtidos pelo Instituto Data Folha. A exposição da matéria, não obstante o título, mostrava que, na verdade, diminuiu de novembro de 2015 até a data da pesquisa, os favoráveis à manutenção das atuais regras, que recuaram de 67% para 59%. Ou seja, estaria diminuindo o número de pessoas que acredita que aborto deva permanecer criminalizado. Entretanto, realmente, a maioria segue contrária, pois 59% dos entrevistados defendem que o aborto deva ser criminalizado, excetuando-se as hipóteses permitidas pelo Código Penal. A publicação *Mulheres Brasileiras e Gênero nos espaços público e privado*, de 2010, retrata pesquisa de opinião na qual foram ouvidas 2.365 mulheres e 1.181 homens, distribuídos em 25 unidades da federação. Das mulheres entrevistadas, 30% acreditam que quem aborta não deve ser punida, 48% que deve ser punida e 32% com prisão ou outra punição drástica e 17% outras punições que não a prisão. Dos homens entrevistados, 23% acreditam que a mulher que aborta não deve ser punida, 52% que deve ser punida, 37% com prisão ou outra punição drástica e 15% outras punições que não a prisão.

espectro discursivo da ideologia masculinista contra as mulheres. Sob o manto desse moralismo, o aborto não deixa de acontecer diariamente.

Num cenário de carência de dados confiáveis, merece destaque a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) de Débora Diniz e Marcelo Medeiros (2010, p. 959), realizada por levantamento de amostragem aleatória de domicílios, cuja cobertura abrangeu as mulheres com idades entre 18 e 39 anos em todo o Brasil urbano e combinou duas técnicas de sondagem: a técnica de urna e de questionários preenchidos por entrevistadoras⁴. A técnica de urna consiste em um questionário sigiloso preenchido pelas entrevistadas e depositado em uma urna, sendo indicada como uma das melhores alternativas para esse tipo de estimativa.

Foi a primeira pesquisa que se fez com essa técnica no Brasil, ainda assim, não abrangeu o aborto na adolescência, de mulheres analfabetas e entre as mulheres vivendo em áreas rurais, de forma que o número de abortos no país é superior ao contabilizado pela pesquisa, também porque se refere às mulheres que fizeram abortos e não a quantidade de abortos, já que uma mesma mulher pode ter feito mais de um aborto.

Seus resultados indicam que, ao final da vida reprodutiva, mais de uma em cada cinco mulheres já fez aborto, ocorrendo, em geral, nas idades que compõem o centro do período reprodutivo das mulheres, isto é, entre 18 e 29 anos. Não se observou diferenciação relevante na prática em função de crença religiosa, mas o aborto se mostrou mais comum entre mulheres de menor escolaridade. O uso de medicamentos para a indução do último aborto ocorreu em metade dos casos e a internação pós-aborto foi observada em cerca de metade do total. A maioria dos abortos foi feita por mulheres católicas, seguidas de protestantes e evangélicas.

Os autores da pesquisa ressaltam que os principais estudos sobre a magnitude do aborto no Brasil utilizam três tipos de abordagem metodológica: registros de internações hospitalares para procedimentos médicos relacionados à prática do aborto, tais como a curetagem, sendo os cálculos mais recentes baseados nos registros do Sistema Único de Saúde (SUS) e a estes registros de internação aplicam-se fatores de correção para estimar o número de abortos em nível nacional; o segundo tipo constitui-se de pesquisas à beira do leito, com

⁴ A parte consistente na aplicação de questionários gerou o artigo denominado “Itinerários e métodos do aborto legal em cinco capitais brasileiras” (DINIZ; MEDEIROS, 2012). Essa parte da pesquisa mostrou que a maioria das mulheres entrevistadas realizou apenas um aborto, mas uma em cada quatro realizou dois abortos, e uma em cada 17 realizou três abortos. A maioria dos abortos ocorreu entre jovens até 19 anos, muitas das quais já tiveram filhos. Há uma prevalência de abortos entre mulheres negras. O principal método abortivo é uma combinação de chás e citotec (misoprostol), com a finalização em hospitais. Esta foi a etapa qualitativa da Pesquisa Nacional de Aborto (PNA).

mulheres internadas por complicações do aborto, cujas histórias de aborto são recuperadas por profissionais de saúde responsáveis pelo atendimento médico; e o terceiro aquele em que se utilizam técnicas de coleta da informação fora do ambiente hospitalar.⁵

A publicação do Ministério da Saúde “20 Anos de Pesquisa sobre Aborto no Brasil” traça importante retrato sobre o tema do aborto:

Quem são elas?

Predominantemente, mulheres entre 20 e 29 anos, em união estável, com até oito anos de estudo, trabalhadoras, católicas, com pelo menos um filho e usuárias de métodos contraceptivos, as quais abortam com misoprostol.

Magnitude

Um estudo recente sobre a magnitude do aborto no Brasil estimou que 1.054.242 abortos foram induzidos em 2005. A fonte de dados para esse cálculo foram as internações por abortamento registradas no Serviço de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde. Ao número total de internações foi aplicado um multiplicador baseado na hipótese de que 20% das mulheres que induzem aborto foram hospitalizadas. (BRASIL, 2009, p. 26, grifo do autor).

A sistematização dos dados pelo Ministério da Saúde demonstra um número expressivo de mulheres que são hospitalizadas em decorrência das complicações advindas do aborto induzido. Daí a importância fundamental do resguardo do sigilo médico nesses casos.

Diversos direitos constitucionais estão envolvidos na temática, a começar pelo respeito à laicidade do Estado, além dos direitos à vida, à privacidade, à liberdade, à autonomia, à saúde e à saúde reprodutiva. Muitas vezes, coloca-se em disputa a proteção do direito à vida do feto⁶ em contraposição aos demais direitos atribuídos às mulheres. Por outro lado, para se abordar o tema em profundidade, é necessário investigar o sexismo no próprio Direito, os

⁵ Na audiência pública realizada, no dia 3 de agosto de 2018, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no âmbito da ADPF 442, houve várias querelas a respeito dos dados trazidos nas diversas falas, o que ocorreu principalmente a partir da exposição da representante do Ministério da Saúde e da autora da Pesquisa Nacional de Aborto – PNA, a qual foi também citada em várias outras falas. Destacou a representante do Ministério da Saúde que a carga da interrupção voluntária da gestação no Brasil é muito alta, com estimativa de quase 1 milhão de procedimentos não-legalizados por ano, que ocorrem de modo clandestino e, na maioria das vezes, de modo inseguro. Os procedimentos inseguros acarretam a hospitalização de mais de 250 mil mulheres por ano, cerca de 15 mil complicações e 5 mil hospitalizações de muita gravidade, levando as mulheres quase ao óbito. Esse cenário causou a morte de 203 mulheres por procedimento inseguro de interrupção da gestação em 2016 (uma morte a cada dois dias), totalizando mais de 2 mil mortes maternas nos últimos 10 anos. Ocorreram 2 mortes por aborto a cada dois dias em 2016, afetando principalmente mulheres jovens, negras e com baixa escolaridade. (BRASIL, 2018b, p. 18).

⁶ Não obstante a literatura médica nomeie distintamente as diversas fases de desenvolvimento da vida intrauterina, utilizando-se dos termos embrião para designar o produto da concepção até 8ª semana de gestação e feto a partir da 9ª semana de gestação, para o que é exposto e desenvolvido ao longo desta tese, entende-se não ser necessária essa precisão terminológica e utilizando-se ambos os termos para designar o ser não nascido. Dessa forma, tem-se: “Embrião: o ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral. [...] Feto: organismo humano em desenvolvimento, no período que vai da nona semana de gestação ao nascimento.” (ZAGO; COVAS, 2006, p. 18-19).

estereótipos de gênero produzidos e reproduzidos por todos aqueles que o operam e geram discriminações injustificadas de gênero. Igualmente é importante investigar se a lei penal é efetiva para proteger a vida por nascer.

Esta tese defende que, na correlação entre o direito fundamental à vida e o aborto, há um dever de descriminalização no Brasil, a partir de uma perspectiva constitucional, de gênero e da criminologia. As hipóteses de trabalho levantadas foram:

- a) O direito à vida do feto não é direito absoluto e deve ser (re)significado à luz do direito à vida das mulheres;
- b) O direito à vida deve ser compreendido à luz dos demais direitos constitucionais das mulheres, como liberdade, privacidade, autonomia, saúde, dignidade da pessoa humana e também de um Estado Laico;
- c) A criminalização do aborto deve-se a um Direito ainda sexista e patriarcal que utiliza o crime de aborto como forma de controle da sexualidade e dos corpos das mulheres;
- d) Embora o aborto seja considerado crime pelo Código Penal (criminalização primária), a criminalização secundária é débil e não se faz efetiva pelo Sistema de Justiça, ou seja, a criminalização do aborto não é efetiva para a proteção da vida por nascer.

A fim de investigar as hipóteses levantadas, as perguntas seguintes serviram de orientação para a execução:

- constitucional: a proteção do direito constitucional à vida impediria a descriminalização do aborto no Brasil?
- gênero: a criminalização do aborto no Brasil é uma forma de controle dos corpos e da sexualidade das mulheres?
- criminologia: a criminalização secundária, realizada pelos agentes responsáveis por fazer cumprir a lei, é efetiva quando se trata do aborto, ou ainda, a lei penal é efetiva para evitar a ocorrência de abortos e a proteção da vida por nascer?

Para a consecução da tese, recorreu-se à revisão bibliográfica a respeito do tema, bem como às decisões judiciais e à pesquisa empírica realizada junto ao Primeiro Tribunal do Júri da Capital/São Paulo, analisando feitos de aborto provocado pela gestante de 1990 a 2012.

A fim de responder as perguntas levantadas e verificar as hipóteses de trabalho, a tese foi dividida em três partes. A Parte 1 versa sobre relações sociais de gênero e o Direito; a Parte 2, sobre o aborto e a Constituição Federal de 1988; e a parte 3 sobre a inconstitucionalidade do aborto no Brasil.

Dessa forma, pretende-se demonstrar que há um dever de descriminalizar o aborto no Brasil, em virtude da análise dos direitos constitucionais fundamentais relativos às mulheres, em balanço com o direito à vida, com a normativa internacional de direitos humanos, bem como da análise de uma perspectiva de gênero e da criminologia, que em tudo enfraquece a tese de necessidade de criminalizar para proteger a vida por nascer.

A criminalização, além de não evitar a realização de abortos que continuam ocorrendo e da pior forma, leva mulheres à morte ou a terem sequelas permanentes, por realizarem abortos de forma insegura⁷. A situação é mais grave nos países em que a legislação é mais restritiva. Observa-se que, na maior parte das vezes, a legislação mais restritiva em relação ao aborto concentra-se nos países mais pobres, os países ditos periféricos situados ao “Sul” do mundo, onde também as políticas de educação sexual, contracepção e planejamento familiar são as mais precárias.

Desde 1998, a organização estadunidense *Center for Reproductive Rights* produz um mapa do Mundo das leis de aborto, a fim de comparar o *status* legal do aborto induzido nos diferentes países, bem como realizar ações no sentido de ampliar o acesso ao aborto seguro e legal para todas as mulheres. Defendem que a legalização do aborto é um importante indicativo da possibilidade de as mulheres exercerem seus direitos reprodutivos. O mapa abaixo evidencia de maneira muito explícita que os países do Norte Global, geralmente, são os que têm leis mais liberais sobre o aborto. Em contraste, os países do Sul Global têm, geralmente, adotado as leis mais restritivas.

O Brasil, portanto, insere-se nessa triste realidade. A análise, que ora se faz, pretende provocar reflexões, no sentido da necessidade de revisão dessa legislação de criminalização do aborto, a fim de que prevaleça entendimento constitucional no qual seja possível respeitar os direitos humanos das mulheres e garantir proteção à vida intrauterina.

⁷ O aborto é considerado inseguro quando praticado em condições sanitárias precárias e/ou quando realizado por pessoas não capacitadas. (DREZETT; PEDROSO, 2012, p. 35).

PARTE 1 – RELAÇÕES SOCIAIS DE GÊNERO E O DIREITO

1.1 Relações sociais de gênero e criminalização do aborto

1.1.1 Da opressão das mulheres à opressão de gênero

Juliana, quando foi levada ao hospital por estar com dores, já tinha expulsado o feto e o deixado num saco perto da porta de sua casa. O médico disse que tinha um pedaço de cordão umbilical e que queria o feto e que buscassem. Uma irmã e cunhado foram buscar. Estava no quintal e a polícia foi acionada. Todos desconfiavam que ela estava grávida, mas ela não admitia e nem admitiu no hospital. Juliana sempre se queixava de dores de estômago e chegou a ir ao médico e sua mãe comprou os remédios indicados. Ninguém sabia quem era o pai. No seu depoimento disse que engravidou de uma pessoa e já tinha 4 filhos. O pai não aceitou e a abandonou. Entrou em desespero. Rejeitou aquela situação e passou a ingerir medicamentos diversos. Isso tudo a abalou e teve um parto prematuro em sua residência sem o auxílio de ninguém.

O hospital se negou a fornecer o prontuário alegando sigilo médico. O delegado oficiou dizendo que estaria cometendo crime de desobediência. No ofício o delegado diz ser caso de quebra de sigilo pois é situação de flagrante interesse público (a salvaguarda do maior bem a ser protegido – a vida humana, com a obstinada necessidade de repressão aos delitos contra a vida. Foi juntado um mandado de segurança da Santa Casa de Praia Grande contra ato judicial para não enviar dados ou relatórios de pacientes ao juiz.

A reivindicação de igualdade entre mulheres e homens remonta a séculos de história, muito antes do surgimento da expressão “igualdade de gênero” e do “feminismo”, enquanto movimento social emancipatório, ambos do século XX, ou seja, a opressão contra as mulheres era vivida, percebida e motivava algumas lutas nos idos do século XVII.

Clarke (2013, p. XIII) reuniu e traduziu três textos de autoras e autor do século XVII: Marie le Jars de Gournay (1622), Anna Maria van Schurman (1641) e François Poulain de la Barre (1673), os quais defendiam que mulheres e homens eram iguais, bem como o direito das mulheres de igual acesso às oportunidades educacionais. O organizador da obra atribuiu, no título, o adjetivo “feminista” aos textos e explicou que considera os textos traduzidos feministas, porquanto rejeitavam as tradições misóginas que estimavam menos as mulheres do

que os homens, bem como as autoras e autor ofereceram argumentos para desafiar o *status* inferior das mulheres, prevalecente nas sociedades civis e eclesiásticas do século XVII.

Numa palavra, esses autores eram feministas, porque rejeitavam o que hoje é chamado de “gênero”, como critério válido para discriminação entre seres humanos. Marie de Gournay foi a primeira dentre eles a argumentar a favor da igualdade de homens e mulheres em 1622, em “A Igualdade de Homens e Mulheres” (CLARKE, 2013, p. 13). Anna Schurman explicitamente associou seu trabalho ao de Gournay (CLARKE, 2013, p. 23). Ambas aceitaram a autoridade da Bíblia, mas rejeitaram interpretações de textos discriminatórias às mulheres. Poulain de la Barre repudiara completamente as escrituras como relevantes para decidir se homens e mulheres eram iguais.

Segundo Clarke (2013, p. 52), um dos maiores sucessos dos feministas do século XVII foi adicionar a “identidade sexual” à lista dos critérios irrelevantes pelos quais o tratamento desigual de classes de pessoas pode ser justificado. Eles desafiaram aqueles que defendiam tratamento desigual às mulheres. Gournay e Poulain perceberam que não havia razão para excluir as mulheres da educação, exceto para preservar os privilégios e poderes dos homens.

Evidentemente não era uma razão que poderia parecer plausível ou aceitável para as mulheres, tal qual os ganhos financeiros dos senhores de escravos não poderiam persuadi-los a aceitar sua condição voluntariamente. Desde que referidas razões não poderiam ser articuladas sem que gerassem refutação, os proponentes da desigualdade apelavam para os costumes ou as tradicionais interpretações da Bíblia. Esse arranjo também arbitrário era, porém, baseado na incontestável decisão de Deus.

Ou seja, a opressão que sofrem as mulheres, por serem mulheres é apontada pelos mais diversos autores, nos mais diversos campos do conhecimento.

No século XVIII, merecem ser destacadas a “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”, feita por Olympe de Gouges de 1791, em contraposição à “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” da Revolução Francesa de 1789 e a obra de Mary Wollstonecraft de 1792, “Vindicação dos Direitos da Mulher”. Uma francesa, a outra inglesa desafiaram o discurso dominante em suas épocas. Olympe foi presa e guilhotinada por pretender a igualdade das mulheres.

Maria Lygia Quartim de Moraes (2016, p. 7) assinala que “Vindicação dos Direitos da Mulher”, por sua defesa veemente da igualdade entre os gêneros, pode ser considerado o documento fundador do feminismo, o qual teria sido publicado em resposta à Constituição

Francesa de 1791, que não incluía as mulheres na categoria de cidadãs. Segundo a prefaciadora:

O livro denuncia os prejuízos trazidos pelo enclausuramento feminino na exclusiva vida doméstica e pela proibição do acesso das mulheres a direitos básicos, em especial à educação formal, situação que fazia delas seres humanos dependentes dos homens, submetidas a pais, maridos ou irmãos.

Cerca de 150 anos depois, em 1949, Simone de Beauvoir lança “O segundo sexo”. Livro que influenciou feministas do mundo todo e se tornou um símbolo na luta das mulheres por emancipação, autodeterminação e liberdade. O segundo volume (“A experiência vivida”) inicia-se com o trecho abaixo transcrito, que se tornou emblema-síntese do pensamento da autora ali exposto:

Ninguém nasce mulher; torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualificam de feminino. Somente a mediação de outrem pode constituir um indivíduo como um Outro. (BEAUVOIR, 2016, p. 11).

Esse tornar-se mulher como produto da cultura precede todos os estudos de gênero⁹ que viriam surgir a partir da década de 1970, seja na medicina ou nas ciências sociais. Beauvoir se posiciona com vigor contra teorias biologizantes:

Penso que a mulher liberada seria tão criadora quanto o homem. Mas que não trará valores novos. Acreditar o contrário é crer que existe uma natureza feminina, coisa que sempre neguei. É preciso varrer todos esses conceitos completamente. Que a libertação da mulher traz novos tipos de relações entre os seres, que os homens, como as mulheres, tenham mudado, não há dúvida. É preciso que as mulheres sejam exatamente como os homens, seres humanos integrais. As diferenças que existem entre eles não são mais importantes que as diferenças individuais que possam existir entre as mulheres ou entre os homens. (SCHWARZER, 1986, p. 44).

Beauvoir contesta, dentro do movimento feminista, correntes que valorizam uma natureza feminina superior, uma mistificação do feminino:

Dizer que a mulher tem ligações especiais com a terra, com o ritmo lunar, com as marés, etc. Que tem mais alma, que é naturalmente menos destruidora, etc. Não, se

⁹ Saffioti (1999, p. 157) defende que aí reside a manifestação primeira do conceito de gênero. Ou seja, é preciso aprender a ser mulher, uma vez que o feminino não é dado pela biologia, ou mais simplesmente pela anatomia, e sim construído pela sociedade. Evidentemente, Beauvoir não possuía o arsenal de conceitos e teorias com que contamos na atualidade, mas se dirigiu certamente ao ponto essencial e foram necessários três decênios, desde a primeira formulação do conceito de gênero, para construir esse acervo. Na conferência “O Segundo Sexo à luz das teorias feministas contemporâneas”, proferida na Bahia, em 1999, por ocasião de comemoração do cinquentenário do livro, Saffioti aprofunda essa análise sob diversos aspectos da obra de Beauvoir.

houver alguma verdade nisso tudo, não é em função de nossa natureza e sim de nossas condições de vida.

As garotinhas “tão femininas” são fabricadas assim e não nascidas assim. Numerosos estudos o provam. *A priori*, uma mulher não tem valor especial porque é mulher. Seria o biologismo mais retrógrado, em contradição com tudo o que penso. [...]

Mas não é preciso fazer disso um valor e acreditar que o corpo feminino dá uma nova visão de mundo. Seria ridículo e absurdo, seria como fazer um contrapênis. Mas mulheres que partilham dessa crença recaem no irracional, no misticismo, no cósmico. Fazem o jogo dos homens que, assim, poderão oprimi-las melhor, afastando-as melhor do saber e do poder. (SCHWARZER, 1986, p. 77).

O conceito de gênero, de relações de gênero, é bem mais recente, da metade do século XX, e se constituiu numa categoria de análise que possibilitou romper com o paradigma do determinismo biológico, ou seja, a biologia como determinante para a construção de categorias de pessoas definidas a partir de seu sexo biológico em mulheres ou homens. Silvia Pimentel (2017, p. 5-7), ao tratar do tema gênero e direito, relacionou o conceito de sexo e gênero ao que chamou de três ondas do feminismo. Em relação ao primeiro período no qual os conceitos se identificavam destaca que

Trata-se de abordagem essencialista do masculino e do feminino, em que seus pressupostos sustentam as abordagens mais tradicionais e conservadoras da sexologia, da genética, da biologia, da medicina psiquiátrica, da psicologia clínica e da educação e, inclusive, do direito.

[...]

A teoria essencialista sobre gênero – e respectivo determinismo biológico – é criticada pelos construcionistas sociais, que ressaltam os aspectos relacionais como dimensão fulcral de gênero.

Por isso, como pontua Citeli (2001, p. 132), é importante desnaturalizar hierarquias de poder baseadas em diferenças de sexo. Isso tem sido um dos eixos centrais dos estudos de gênero. Estabelecer a distinção entre os componentes – natural/biológico em relação a sexo e social/cultural em relação a gênero – foi e continua sendo um recurso utilizado pelos estudos de gênero para destacar essencialismos de toda ordem, que há séculos sustentam argumentos biologizantes, para desqualificar as mulheres corporal, intelectual e moralmente.

O surgimento da categoria gênero foi, e continua sendo, fundamental para questionar as possibilidades do corpo quando o determinismo biológico e o respeito absoluto à natureza traziam a maternidade obrigatória para todas as mulheres.

É importante tratar do tema do aborto a partir da ideia de discriminação nas relações sociais de gênero – discriminação de gênero e não discriminação de sexo –, porque a identidade de “mulher” se constrói para muito além da posse da genitália feminina e dos órgãos reprodutivos. Para se considerar um indivíduo “mulher”, do ponto de vista social e

político, não basta que apresente os genitais biologicamente caracterizados como sendo de “mulher”, mas é necessário a assunção de determinados comportamentos, de determinado modo de falar, de se vestir, de manifestar sentimentos ou não, de rir, de escolha de projetos de vida próprios do “ser mulher”.

É exigido do indivíduo que queira ser reconhecido socialmente como mulher que apresente também seus “genitais sociais” de mulher. Senão é outra coisa, é um ser por vir, um “anormal”, um “desviante”, é alguém não reconhecido dentro de um sistema binário e heteronormativo. Nesse aspecto, a chamada “discriminação de sexo” é redutora da realidade, é simplista, é pobre em explicar uma realidade muito mais complexa, que é construída e permanentemente redesenhada a partir e nas relações sociais entre os sexos biológicos.

Portanto deve ser entendido que essa distinção sexo/gênero é um primeiro passo importante do ponto de vista teórico e político para questionar as identidades socialmente construídas e a naturalização, até então reinante, de determinados construtos do “ser mulher”, calcados na obrigatoriedade da reprodução e no controle da sexualidade.

A distinção sexo/gênero aparece em meados do século XX na medicina e também nas ciências sociais. Robert Stoller (1968, p. 9), médico psiquiatra e psicanalista, em *Sex and Gender*, foi um dos pioneiros na literatura médica a estabelecer a distinção entre sexo e gênero, dizendo que preferia restringir o termo sexo a uma conotação biológica e que com poucas exceções haveria dois sexos: masculino e feminino e para se determinar o sexo deveriam ser investigadas as condições físicas: cromossomos, genitália externa e interna, gônadas, hormônios e características sexuais secundárias. A divisão sexual biológica diz quem é homem e quem é mulher. Gênero seria um termo que teria conotações psicológicas ou culturais. Se os termos para a designação de sexo são homem ou mulher, para a designação de gênero são masculino e feminino que são independentes do sexo biológico.

Há algumas autoras, nas ciências sociais, essenciais para a compreensão dessa distinção, que inauguram os chamados “estudos de gênero” ou “estudos de uma perspectiva de gênero”. Podem ser citadas entre elas Gayle Rubin e Joan Scott.

Rubin (1993, p. 2-10), no texto “O tráfico de mulheres: notas sobre a economia política do sexo”¹⁰, que já se tornou clássico nos estudos das relações de gênero, busca

¹⁰ O original foi publicado em 1975 como: “*The traffic in women. Notes on the ‘political economy’ of sex*”. In Reiter, Rayna (ed). *Toward the Anthropology of Women*. New York, Montly Review Press. Na redação deste trabalho, foi lida e utilizada a pioneira tradução de 1993, da organização SOS Corpo de Recife, que é um texto mimeo. Em 2017, a editora Ubu publicou, pela primeira vez no Brasil, uma tradução. “‘Traffic in Women’

explicar a opressão da mulher por meio das teorias de Lévi-Strauss, Sigmund Freud e Marx. Esse aspecto da vida social no qual ocorre a opressão das mulheres é denominado pela autora de sistema sexo/gênero:

Adoto como definição preliminar de um “sistema sexo/gênero: um conjunto de arranjos através dos quais uma sociedade transforma a sexualidade biológica em produtos da atividade humana, e na qual estas necessidades sexuais transformadas são satisfeitas.

Toda sociedade conta ainda com um sistema de sexo/gênero: um conjunto de arranjos através dos quais a matéria-prima biológica do sexo e da procriação humanas é moldada pela intervenção humana e social e satisfeita de forma convencional, pouco importando o quanto bizarras algumas dessas convenções podem parecer.

No nível mais geral, a organização social do sexo repousa sobre o gênero, a heterossexualidade obrigatória e a coerção da sexualidade feminina. Gênero é uma divisão dos sexos socialmente imposta. É um produto das relações sociais da sexualidade.

A partir desse conceito inicial, Rubin (1993, p. 13) se utiliza das teorias de parentesco de Lévi-Strauss: “o tabu do incesto, a heterossexualidade obrigatória e uma divisão assimétrica dos sexos. A assimetria de gênero – a diferença entre quem faz a troca e o objeto da troca – acarreta coerção sobre a sexualidade feminina”¹¹ e as relaciona com as teorias freudianas:

tem sua origem nos primórdios da segunda onda do feminismo, quando muitas das mulheres que tinham atuado no final da década de 1960 estavam tentando fazer uma ideia de como pensar e entender a opressão das mulheres”. (BUTLER, 2003, p. 157). Em 2011, ou seja, 36 anos após a publicação desse texto, Gayle Rubin realizou a publicação “*Deviations*”, Duke University Press, Durham & London: 2011, na qual reuniu diversos textos seus já publicados nos últimos 40 anos, inclusive “*The traffic*”, lançando novas reflexões sobre ele, chamando-as de “*The Trouble with Trafficking in Women*”. Nesse artigo, a autora (2011, p. 86) chama a atenção para o problema do título de seu artigo publicado em 1975, ao utilizar a expressão “*traffic*” que é associada ao tráfico internacional de mulheres para fins de prostituição. Ressalta que, quando o artigo foi publicado na França, trocaram a expressão “*traffic*”, justamente por essa relação tão frequente, por “*transactions*”. Diz que não escreveu a respeito do tráfico de mulheres naquele sentido mais frequente do termo, e sequer adota a confusão contemporânea persistente entre tráfico e prostituição, mas, pelo contrário, se opõe a ela. A partir disso, o artigo aborda essa temática específica. Diz que em 1975, quando escreveu e publicou “*The Traffic*”, não imaginava, nem em seus piores pesadelos, que o termo se associaria à cruzada contra a prostituição no final do século XX, tampouco antecipou que uma parte do movimento feminista se uniria a conservadores antifeministas e evangélicos sob a bandeira de combate ao tráfico de mulheres e criminalização ou abolição da prostituição em detrimento de lutar por melhores condições econômicas para as mulheres e poder social. E que jamais poderia ter sonhado que alguém pensasse que o título do artigo apontasse para leis antiprostituição e, se tivesse imaginado essas possibilidades, teria diligentemente procurado um outro título para seu artigo.

¹¹ Joan Scott (199-, p. 22) faz uma crítica expressa a essa ideia de Gayle Rubin ao mencionar que alguns pesquisadores, notadamente antropólogos, reduziram o uso da categoria de gênero ao sistema de parentesco (fixando o seu olhar sobre o universo doméstico e na família como fundamento da organização social), mas que é preciso uma visão mais ampla, que inclua não só o parentesco, mas também (em particular, para as sociedades modernas complexas) o mercado de trabalho (um mercado de trabalho sexualmente segregado faz parte do processo de construção de gênero), a educação (as instituições de educação socialmente masculinas, não mistas ou mistas fazem parte do mesmo processo), o sistema político (o sufrágio masculino universal faz parte do processo de construção do gênero). Para a autora, não tem muito sentido limitar essas instituições à sua utilidade funcional para os sistemas de parentesco, ou sustentar que as relações contemporâneas entre

A precisão com que Freud e Lévi-Strauss se combinam é tocante. Os sistemas de parentesco requerem uma divisão dos sexos. A fase edipiana divide os sexos. Os sistemas de parentesco incluem conjunto de regras governando a sexualidade. A crise edipiana é a assimilação destas regras e tabus. A heterossexualidade obrigatória é o produto do parentesco. A fase edipiana constitui o desejo heterossexual. O parentesco baseia-se numa diferença radical entre os direitos dos homens e das mulheres. O complexo edipiano confere direitos masculinos ao menino, e obriga a menina a contentar-se com seus direitos diminuídos.

[...]

Diversos elementos da crise edipiana teriam que ser alterados de maneira que a fase não tenha efeitos tão desastrosos sobre o ego da jovem mulher. A fase edipiana institui uma contradição na menina, ao colocar exigências irreconciliáveis sobre ela. Por um lado, o amor da menina por sua mãe está induzido pelo trabalho da mãe ao cuidar da criança. A menina é então obrigada a abandonar este amor por causa do papel sexual feminino: pertencer a um homem. Se a divisão sexual do trabalho fosse tal que adultos de ambos os sexos tomassem conta das crianças igualmente, o objeto primário de escolha seria bissexual. Se a heterossexualidade não fosse obrigatória, este amor precoce não deveria ser reprimido, e o pênis não seria supervalorizado. Se o sistema de propriedade sexual fosse reorganizado de tal maneira que os homens não tivessem direitos de supremacia sobre as mulheres (se não tivesse nenhuma troca das mulheres) e se não existisse o gênero, o drama edipiano por inteiro seria uma relíquia. Em suma o feminismo deve apelar para uma revolução no parentesco. (RUBIN, 1993, p. 20).

A autora (1993, p. 21) argumenta que Lévi-Strauss, em “As Estruturas Elementares do Parentesco”, coloca o parentesco como sendo uma imposição da organização cultural sobre os fatos da procriação biológica. Trata-se de uma descrição da sociedade que não encara o sujeito humano como abstrato, sem gênero. O sujeito humano em seu trabalho é sempre masculino ou feminino e, no momento em que vê a essência do sistema de parentesco consistindo na troca das mulheres entre homens, constrói uma implícita teoria da opressão sexual.

A “troca das mulheres” é um conceito sedutor e poderoso. É atrativo, na medida em que ele coloca a opressão das mulheres dentro dos sistemas sociais, em lugar da biologia. Certamente não é difícil encontrar exemplos etnográficos e históricos do tráfico de mulheres. As mulheres são dadas em casamento, ganhas nas batalhas, trocadas por favores, enviadas como tributo, comercializadas, compradas e vendidas. Longe de serem confinadas ao mundo “primitivo”, essas práticas parecem apenas tornar-se mais afirmadas e comercializadas nas sociedades mais “civilizadas”.

homens e mulheres são produtos de sistemas anteriores de parentesco baseados nas trocas de mulheres. O gênero é construído através do parentesco, mas não exclusivamente; ele é construído igualmente na economia, na organização política e, pelo menos na sociedade atual, opera de forma amplamente independente do parentesco. Pondera-se, contudo, que a crítica à Gayle Rubin parece ser injusta, na medida em que a própria Scott reconhece que o gênero é construído através do parentesco e tendo em vista que Gayle Rubin não utiliza somente o sistema de parentesco para a compreensão da categoria gênero, mas também a psicanálise e o marxismo.

Se os homens têm sido sujeitos sexuais – trocadores – e as mulheres semiobjetos sexuais – presentes – durante a maior parte da história humana, então muitos costumes, clichês e traços de personalidade parecem ter muito sentido (entre outros, o curioso costume pelo qual o pai entrega a noiva). A “troca das mulheres” é uma abreviação para expressar que as relações sociais de um sistema de parentesco especificam que os homens têm certos direitos sobre suas parentes e que as mulheres não têm os mesmos direitos sobre si mesmas ou sobre seus parentes do sexo masculino. Neste sentido, a “troca das mulheres” é uma percepção profunda de um sistema no qual as mulheres não têm direitos plenos sobre si próprias.

A “troca das mulheres” é também um conceito problemático. Como Lévi-Strauss defende que o tabu do incesto e os resultados de sua aplicação constituem a origem da cultura, pode-se deduzir que a derrota histórica mundial das mulheres ocorreu com a sua origem. Se sua análise é adotada em sua forma pura, o programa feminista deve incluir uma tarefa até mais onerosa que o embate com os homens; ele deve procurar livrar-se da cultura e substituí-la por alguns fenômenos inteiramente novos na face da terra (RUBIN, 1993, p. 10).

Quanto ao marxismo, Rubin (1993, p. 3-4) parte do pressuposto de que, na forma clássica, fracassou para expressar ou conceituar plenamente a opressão sexual, já que, enquanto teoria social, é pouco preocupado com o sexo. Continua dizendo que tentativas têm sido feitas de compreender essa opressão dentro dessa análise, argumentando-se que as mulheres são uma força de trabalho reserva para o capitalismo, que os salários mais baixos das mulheres fornecem uma mais-valia extra para um empregador capitalista, que as mulheres servem aos objetivos do consumismo capitalista no seu papel de administradoras do consumo familiar e assim por diante. Mas, que há estudos que se propõem a algo mais ambicioso que é localizar a opressão das mulheres no coração da dinâmica capitalista, ao apontar a relação entre o trabalho doméstico e a reprodução da força de trabalho.

Tudo o que precisa ser feito, em termos de manutenção da saúde, da vida e da força de um trabalhador, a fim de que ocorra a reprodução da classe trabalhadora enquanto tal, para a permanente extração da mais-valia e continuidade do capitalismo, ou seja, preparo dos alimentos, roupas limpas, camas feitas etc., atividades feitas normalmente pelas mulheres, que realizam o trabalho doméstico, é articulado ao nexo global da mais-valia, por meio da reprodução da força de trabalho. Entretanto explicar a utilidade das mulheres para o capitalismo é uma coisa; afirmar que essa utilidade explica a gênese da opressão da mulher é

outra bastante diferente. Aí a análise do capitalismo deixa de esclarecer muita coisa sobre as mulheres e sua opressão.

Scott (199-, p. 2-7)¹² diz que “as feministas começaram a utilizar a palavra ‘gênero’ mais seriamente, no sentido mais literal, como uma maneira de referir-se à organização social da relação entre os sexos”. Diz que, no seu uso mais recente, o “gênero” parece ter aparecido primeiro entre as feministas americanas que queriam insistir no caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indicava rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”. O gênero sublinhava também o aspecto relacional das definições normativas das feminilidades e seria uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado. O uso do “gênero” coloca ênfase sobre todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas que não é diretamente determinado pelo sexo nem determina diretamente a sexualidade.¹³

Aponta, ainda, que o termo “gênero”, em um uso mais simples e inicial, foi empregado como sinônimo de “mulheres”. Substitui-se, nos títulos dos trabalhos o termo “mulheres” pelo termo “gênero”, a fim de indicar certa erudição e seriedade de um trabalho, porque gênero teria uma conotação mais objetiva e neutra do que “mulheres”. Assim o “gênero” entra na terminologia científica das ciências sociais e pode dissociar-se da política do feminismo. O “gênero” inclui as mulheres sem as nomear e parece, desse modo, não se constituir uma ameaça crítica. Diz, por fim, que esse uso do gênero é um aspecto que se poderia chamar de procura de uma legitimidade acadêmica pelos estudos feministas nos anos 1980.

Scott (199-, p. 9) afirma que os(as) historiadores(as) feministas utilizam basicamente três posições teóricas: a primeira, um esforço inteiramente feminista que tenta explicar as origens do patriarcado; a segunda se situa no seio de uma tradição marxista; e a terceira, dividida entre o pós-estruturalismo francês e as teorias anglo-americanas das relações de

¹² O original foi publicado em 1989, como *Gender: a useful category os historical anlyses. Gender and the politics os history*. New York, Columbia University Press. Neste trabalho, foi usada uma tradução em português da década de 1990 de pesquisadoras brasileiras Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila.

¹³ Edição especial da *Revista National Geographic Brasil*, de janeiro de 2017, aborda o que chamou de “A Revolução do Gênero”. A revista apresenta um glossário de 26 termos que redefiniriam o “gênero”: agênero, andrógino, binário de gênero, cisgênero, conformista de gênero, espectro neutro, expressão de gênero, fluidez de gênero, *genderqueer*, identidade de gênero, inconformista de gênero, intersexo, LGBTQ, linguagem não binária ou neutra, marcador de gênero, não binário de gênero, orientação sexual, pronomes (todxs, amigues, menines), *queer*, sexo biológico, supressão da puberdade, transexual, transgênero. Diz a revista que o gênero é um amálgama de vários elementos: cromossomos (os X e os Y), anatomia (órgãos sexuais internos e genitália externa), hormônios (níveis relativos de testosterona e estrogênio), psicologia (a identidade de gênero assumida pela pessoa) e cultura (comportamento de gênero definidos pela sociedade). Às vezes, pessoas que nascem com os cromossomos e a genitália de um sexo percebem que são transgênero, ou seja, que intimamente, em termos de identidade de gênero, estão mais alinhadas com o sexo oposto – ou mesmo, vez por outra, com nenhum dos gêneros.

objeto, inspira-se nas várias escolas de psicanálise para explicar a produção e a reprodução da identidade de gênero do sujeito.

No Brasil, no âmbito das ciências sociais, merece ser destacada a contribuição de Heleieth Saffioti (2009a, p. 23), com décadas de pesquisas e estudos na área das relações de gênero, defendendo, porém, que o gênero não substitui o patriarcado:

O concurso dos homens é fundamental, uma vez que se trata de mudar a relação entre homens e mulheres. Todavia, é a categoria dominada-explorada que conhece minuciosamente a engrenagem patriarcal, no que ela tem de mais perverso. Tem, pois, obrigação de liderar o processo de mudança. Recusando-se, no entanto, a enxergar o patriarcado ou recusando-se a admiti-lo, a maioria das teóricas feministas dá alguns passos para trás.¹⁴

A autora (2009b, p. 1) ainda aprofunda a pesquisa sobre gênero, quando passa a trabalhar sobre a ontogênese do gênero, argumentando que se caiu num essencialismo social tentando-se combater o essencialismo biológico e que o ser humano constitui uma totalidade una e indivisível. As feministas do essencialismo social passaram a chamar as feministas para as quais o corpo tinha importância de feministas da diferença sexual:

O gênero, socialmente construído, se assenta no sexo, situado no campo biológico, na esfera ontológica orgânica. Compreendida desta forma, a postura das chamadas feministas da diferença sexual, com frequência negativamente avaliadas, ganha novo significado.

[...]

O gênero independe do sexo apenas no sentido de que a sociedade não se apoia necessariamente nele para proceder à modelagem do agente social. Há, no entanto, um vínculo orgânico entre gênero e sexo, ou seja, o vínculo orgânico que torna as três esferas ontológicas uma só unidade, sendo indubitável que cada uma delas não pode ser reduzida à outra. Obviamente, o gênero não se reduz ao sexo, da mesma forma como é impensável o sexo como fenômeno puramente biológico.

Contardo Calligaris (2018b) levanta a tese de que “[...] a doença é que nossa cultura, há 3.000 anos (desde as histórias de Eva e de Pandora), é fundada no ódio à mulher, como encarnação do mal e voz tentadora do demônio. Ou seja, a misoginia (o ódio pelas mulheres) está no centro de nossa cultura”. Continua o colunista:

O único livro que eu conheço sobre a misoginia de nossa cultura é o excelente “Misogyny - The World's Oldest Prejudice” (misoginia, o preconceito mais antigo do mundo), de Jack Holland (Robinson, 2006).

¹⁴ No artigo “Ontogênese e filogênese do gênero”, Saffioti (2009b, p. 21) ressalta que o gênero é entendido por ela como muito mais vasto que o patriarcado, na medida em que neste as relações são hierarquizadas entre seres socialmente desiguais, enquanto o gênero compreende também relações igualitárias. Desta forma, o patriarcado é um caso específico de relações de gênero. Assim sendo, o patriarcado qualifica o gênero – ordem patriarcal de gênero.

Holland constata: “O mito da criação como é contado no Gênesis está agora no centro das crenças de 2 bilhões de cristãos em 260 países – ou seja, um terço da população do mundo herdou um mito que culpa as mulheres pelos males e os sofrimentos dos homens” (p. 68).

E, Holland observa, a figura de Eva, cúmplice da serpente e tentadora de Adão (que se perde por causa dela), não é uma exclusividade judeu-cristã: Pandora, a primeira mulher mortal da mitologia grega, também não respeita uma proibição divina e é causa de todos os males entre os homens.

Começa assim uma espécie de paranoia que está no senso comum: precisamos perseguir as mulheres para puni-las (por causa delas fomos expulsos do paraíso) e porque elas são as tentadoras –representantes do demônio e do mal.

Todo esse percurso de opressão das mulheres e de opressão de gênero dentro de um sistema patriarcal é peça chave para a compreensão da criminalização da mulher que aborta. A mulher que aborta, antes de mais nada, nega a maternidade, nega sua identificação de mãe e de confinamento ao espaço privado. Ao abortar, pretende retomar o controle sobre seu corpo, seus desejos e escolhas. Por isso tão importante a expressão discriminação de “gênero”, opressão de “gênero” e não de “mulheres”. Ainda que a criminalização do aborto se refira a determinado corpo sexuado capaz de gestar (gestante), uma vez que a sexualidade e reprodução são relacionais, as limitações sofridas e impostas aos corpos de mulheres assim o são em virtude dessas relações construídas entre os corpos sexuados de homens e mulheres. Então não se trata de uma questão somente de “mulheres”, que diga respeito somente “às mulheres”.

Neste sentido, a afirmação de Joan Scott (199-, p. 7): “o ‘gênero’ como substituto de ‘mulheres’ é igualmente utilizado para sugerir que a informação a respeito das mulheres é necessariamente informação sobre os homens, que um implica no estudo do outro”. Este uso insiste na ideia de que o mundo das mulheres faz parte do mundo dos homens, que ele é criado dentro e por esse mundo. Esse uso rejeita a validade interpretativa da ideia das esferas separadas e defende que estudar as mulheres de forma separada perpetua o mito de que uma esfera, a experiência de um sexo, tem muito pouco ou nada a ver com o outro sexo. Prossegue a autora (199-, p. 21), que o núcleo essencial de sua definição de gênero se baseia na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder. O gênero implicaria quatro elementos relacionados entre si: símbolos culturalmente disponíveis; conceitos normativos; caráter político e identidade subjetiva.

A grande conquista do gênero, enquanto categoria de análise, é a de destacar os aspectos políticos, sociais e culturais que estão envolvidos na subjetivação sexual dos

indivíduos e que sexo e gênero se inter-relacionam, estão imbricados. Porém a categoria gênero dá um passo além, no sentido de que o que é construído pode ser alterado e pode-se reinventar relações igualitárias de gênero. Daí também a importância de se compreender esse sistema sexo/gênero dentro da estrutura patriarcal, sem, portanto, abandonar o conceito de patriarcado para a compreensão da opressão das mulheres, em especial daquelas que abortam.

A teoria de gênero contribui para a discussão do dever de descriminalizar o aborto, na medida em que possibilita questionar um suposto dever natural de ser mãe, como algo que decorresse da natureza caracterizadora do “ser mulher”, como se não coubesse nenhum juízo de valor por parte das mulheres, mas tão somente à possibilidade de aceitá-la. Permite, ainda, compreender a maternidade a partir das relações sociais e culturais e, portanto, questionar uma suposta maternidade obrigatória.

A teoria de gênero desenvolvida pelas feministas permite compreender as opressões socialmente construídas e coloca em xeque um sistema binário social construído a partir do sexo biológico e das diferenças biológicas.

A partir da teoria de gênero, problematizando ainda mais as atribuições do masculino a um corpo sexuado de homem e feminino a um corpo sexuado de mulher, surge a teoria *queer*, abordada neste trabalho, em razão da potência que tem de tornar ainda mais evanescida essas diferenças que se iniciam calcadas numa natureza supostamente imutável. A teoria *queer*, abordada no próximo capítulo, problematiza ao máximo o binarismo de gênero e as identidades de gênero, aí incluída a maternidade necessariamente relacionada às mulheres do ponto de vista biológico.

Como compreender, no sentido de não-opressão, as escolhas de um transgênero, que socialmente se define como homem, deseja ser mãe, biologicamente está apto para tanto, e que quer constar no registro de nascimento da criança como pai, pois é assim que se vê, se sente, que se identifica? A fluidez do sexo/gênero desenvolvida pela teoria *queer* pode contribuir com outros olhares para o sistema sexo/gênero e com as implicações decorrentes da maternidade obrigatória, como fator identificador das mulheres, bem como para reflexão sobre a criminalização do aborto, enquanto forma de controle da sexualidade das mulheres, como será visto a seguir.

1.1.2 A teoria *queer* como possibilidade de superação da identidade binária que penaliza o corpo sexuado tido como feminino

Ana negou que estivesse grávida em seu depoimento à polícia. Tinha miomas. Tomou dorflex para dor, aumentou sua pressão e teve sangramento intenso saindo desmaiada do apartamento. Pediu socorro à vizinha que chamou a polícia. Tanto o policial como a vizinha disseram ter ouvido ela contar ao policial que tinha tomado citotec e abortado. O Instituto Médico Legal - IML pediu o relatório médico do Pronto Socorro que dizia que era caso de aborto e que a paciente tinha inserido 4 comprimidos de citotec na vagina. O Pronto Socorro enviou o relatório para o inquérito policial. Foi denunciada e aceitou a suspensão condicional do processo. Não foi ouvida em juízo.

A partir do momento em que a teoria *queer* passa a problematizar as estruturas do sistema sexo/gênero, negando o binarismo de gênero e possibilitando a chamada “desposseção de gênero”, é certo que se dá um passo adiante em relação à possibilidade de se desestabilizar as rígidas estruturas binárias de gênero que estão na base da penalização do corpo sexuado tido como feminino. Essa desconstrução do corpo e do gênero encetada pela teoria *queer* só tem a contribuir para a libertação de corpos de mulheres e homens. As teorias do reconhecimento estavam preocupadas com a posseção de identidade, de gênero e de sexo, enquanto a teoria *queer*, com a desposseção de gênero.

Joan Scott (199-, p. 27) ressalta que

o princípio de masculinidade baseia-se na repressão necessária dos aspectos femininos – do potencial bissexual do sujeito – e introduz o conflito na oposição entre o masculino e o feminino. Desejos reprimidos são presentes no inconsciente e constituem uma ameaça permanente para a estabilidade de identificação de gênero, negando sua unidade e subvertendo sua necessidade de segurança. Ademais, as ideias conscientes do masculino e do feminino não são fixas, já que elas variam segundo o uso do contexto. Portanto existe sempre um conflito entre a necessidade que o sujeito tem de uma aparência de totalidade e a imprecisão da terminologia, a relatividade do seu significado e sua dependência em relação à repressão. Esse tipo de interpretação torna problemáticas as categorias “homem” e “mulher” sugerindo que o masculino e feminino não são características inerentes e sim construções subjetivas (ou fictícias). Essa interpretação implica também que o sujeito se encontra num processo constante de construção e oferece um meio sistemático de interpretar o desejo consciente e inconsciente, referindo-se à linguagem como um lugar adequado para a análise.

Judith Butler (2014, p. 24) é a pensadora que estuda com profundidade essa problematização da identidade binária de gênero, sendo umas das principais teóricas *queer*. A respeito desse ponto merece destaque a seguinte fala:

A hipótese de um sistema binário dos gêneros encerra implicitamente a crença numa relação mimética entre gênero e sexo, na qual gênero reflete o sexo ou é por ele restrito. Quando o status construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a consequência de que homem e masculino podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino.

Essa “performatividade” de gênero ou “expressão de gênero” permite novas relações com a corporeidade instaurando novas possibilidades corporais, de identificação sexual e de gênero.

Neste sentido, em uma perspectiva estritamente hegeliana, ser reconhecido pelo Outro não implica ter assegurado meus predicados e atributos. Antes implica encontrar no outro a opacidade da infinitude que me constitui ao mesmo tempo que me escapa e a respeito da qual só posso voltar a ter alguma experiência à condição de me aceitar ser despossuído. (SAFATLE, 2015, p. 182).

Rubin (1993, p. 22), uma das precursoras dos estudos de gênero nas ciências sociais, já apontava para a eliminação da opressão das sexualidades obrigatórias, ao dizer que as mulheres não são oprimidas apenas como mulheres; são oprimidas por ter que ser mulheres, ou homens, dependendo do caso. Defendia, ainda, que o movimento feminista devia sonhar com algo mais do que a eliminação da opressão das mulheres. Ele devia sonhar com eliminação das sexualidades obrigatórias e dos papéis sexuais obrigatórios. O sonho que considerava fascinante era de uma sociedade andrógina e sem gênero (mas não sem sexo), em que a anatomia de cada um seria irrelevante para o que cada um é, faz ou com quem cada um faz amor.

Na área da psicanálise, importante contribuição é a leitura de Freud que faz Maria Rita Kehl (1996, p. 12 e seg.), que, ao final, discorre sobre uma mínima diferença entre mulheres e homens, entre masculino e feminino, do ponto de vista da constituição das subjetividades:

As identidades são as próteses subjetivas produzidas nas sociedades de massas. A afirmação das diferenças constituídas como formação de grupos identitários tem produzido mais intolerância que diálogo e a convivência na diversidade. Porém a marca identitária não dá conta de toda a subjetividade. A pertinência a um grupo não define, necessariamente, para os indivíduos os caminhos a serem percorridos pelo desejo.

Pensar nesse sentido seria, segundo a autora, uma forma de alienação contemporânea. Sempre há de haver as singularidades:

Feminilidade(s) e masculinidade(s), vamos encontrá-los distribuídos entre homens e mulheres em combinações tão variadas, que no limite poderíamos pensar numa sexualidade para cada indivíduo.

Não se trata aqui de reivindicar uma “igualdade”, à maneira dos movimentos feministas contemporâneos, mas de constatar – o que é muito menos confortável – uma indiscriminação entre os campos masculino e feminino, tornada evidente nas pós-modernidade, quando um relaxamento na repressão (não no recalque) imposta pelos costumes deixa de produzir as diferenças aparentemente “fundamentais” entre homens e mulheres. O desconforto provém da constatação de que a aproximação entre estes campos produz muito mais intolerância do que diálogo, muito mais rivalidade do que desejo.

“Narcisismo das pequenas diferenças”: é quando a diferença é pequena, e não quando é acentuada, que o outro se torna alvo de intolerância”.

Kehl (2016, p. 23), em escrito posterior, fala dessa pertença a grupos identitários carregados de significações imaginárias, pois a primeira definição de uma criança, dada mesmo antes que o feto complete sua evolução, graças aos métodos atuais de investigação ultrassonográfica, é que seja “menino” ou “menina”. Significantes que indicam não apenas uma diferença anatômica, mas o pertencimento a um de dois grupos identitários carregados de significações imaginárias.

A teoria *queer* busca ampliar as possibilidades de ser e estar no mundo, acolhendo as mais diversas formas de expressão de identidades, trazendo múltiplas diferenças sem cristalizá-las, mas valorando-as igualmente.

Pensar em “performatividade” com Butler, “mínima diferença” com Kehl, “opacidade” e “desposseção” com Safatle, pode contribuir para que se pense mais como seres humanos (tão iguais e tão diferentes nessa igualdade), sem aprisionamentos em determinadas características identitárias que, no mais das vezes, somente serve de mais um motivo de opressão. É o que ocorre com a maternidade obrigatória e o controle das sexualidades, minando as possibilidades de emancipação de mulheres e homens.

A teoria *queer* ainda é muito nova e está em desenvolvimento, mas será grande aliada para aprofundamento do “gênero”, enquanto categoria de análise e compreensão das relações humanas permeadas pela corporeidade, que, cada vez mais, afasta-se de padrões rígidos ou estereotipados, permitindo o questionamento do que se entendia como dado pela natureza e sem possibilidade de enfrentamento. Questionar e problematizar os corpos, os sexos, os gêneros, a sexualidade, a maternidade permite trilhar outros caminhos que conduzam a menos

opressão, à tolerância e à convivência autotransformadora, a partir da experiência de vivência das tantas diferenças.

É possível pensar o Direito a partir dessa dialética, desse viés feminista e emancipador. Emancipação nunca virá somente para as mulheres, pois, como visto, diz respeito a relações sociais de gênero. Emancipar as mulheres significa emancipar todos os seres humanos.

Mas há correntes contrárias de pensamento e o aborto, conforme já destacado, é um dos temas que mais desperta antagonismos. Tanto a teoria de gênero quanto a teoria *queer* buscam compreender as relações humanas, permeadas pelos corpos sexuados, identidades de gênero e tantas outras intersecções (raça, etnia, idade, classe social etc.), e buscam evitar todas as formas de opressão para que sejam alcançados valores sociais constitucionalizados como a igualdade, a tolerância, a diversidade e a dignidade humana.

Há correntes de pensamento que têm buscado atacar essas teorias, o que contribui para a manutenção e aprofundamento das opressões de gênero, de raça/etnia e de orientação sexual. Foi criada a expressão “ideologia de gênero” para se referir à teoria de gênero ou à expressão “gênero”, enquanto categoria de análise, para, dessa forma, atribuir conceitos, definições e finalidades que nunca existiram ou foram ditos pelas teóricas e teóricos das referidas teorias.

Com base no ataque ao que é tratado por “ideologia de gênero”, procura-se, como neste trabalho, avançar em pautas que não reconhecem direitos humanos das mulheres, como a que pretende a manutenção da criminalização do aborto, e buscam a manutenção das discriminações de gênero e dos papéis estereotipados, que impedem as mulheres de se constituírem em seres autônomos, capazes de realizar escolhas morais com responsabilidade e consciência, conforme evidenciado no próximo capítulo.

1.2 “Ideologia de gênero” e a criminalização absoluta do aborto no Brasil¹⁵

¹⁵ Parte deste capítulo fez parte do artigo “A denominada ‘ideologia de gênero’: um obstáculo ao direito à educação?” (ainda no prelo), sendo uma coautoria da subscritora deste trabalho com Marisa Vilarino (2018).

Foi desenvolvida, até aqui, a importância da teoria de gênero e teoria *queer* para a compreensão das opressões que caracterizam as relações sociais, em especial, as que atingem as mulheres e acabam por impedir o pleno exercício dos seus direitos humanos na legislação penal, que criminaliza o aborto no Brasil na maior parte dos casos.

A expressão “ideologia de gênero” surge mais fortemente no contexto das discussões dos planos de educação e na articulação de diversos setores, com forte influência religiosa, visando à retirada das expressões “gênero”, “orientação sexual”, entre outras dos Planos Nacional, Estaduais e Municipais de Educação.

Com base na expressão “ideologia de gênero”, vários conceitos são referidos, de forma equivocada, de modo a chocar a opinião pública e, muito mais, a confundir do que esclarecer. Isso gera um feixe de ideias que distorcem, por completo, a teoria de gênero e sua contribuição para o respeito das mulheres e homens em suas múltiplas diversidades, sejam raciais, étnicas, de orientação sexual, de identidade ou expressão de gênero, de idade, classe social e tantos outros marcadores subjetivos e de relacionamento interpessoal e social.

Portanto, é de fundamental importância, antes de adentrar o significado do que tem sido referido à expressão “ideologia de gênero”, expor o significado e contextualizar historicamente alguns termos como: “sexo”, “gênero”, “identidade de gênero” e “orientação sexual”, que estão imbricados nessa discussão, para confrontar afirmações do tipo: “a ideologia de gênero é contra a família”; “a ideologia de gênero quer que meninos se tornem meninas e vice-versa”; “a ideologia de gênero defende o aborto, que é homicídio de inocentes no útero”; “a ideologia de gênero prega uniões homossexuais, que são contra a natureza”, entre outras.

Como esclarece Silvia Pimentel (2017, p.1), o termo “gênero” representa conceito histórico e dinâmico, com vários conteúdos de significado, sendo tema fulcral dos debates do movimento e teorias feministas. É esse sentido que vem sendo construído, sob a perspectiva feminista, que é importante para a análise do aborto. Os estudos feministas foram os que mais se apropriaram da categoria em suas análises nos mais diversos campos do conhecimento. A autora opta por demonstrar a historicidade do conceito de gênero a partir da designação de três períodos que nomeia de “três ondas do feminismo”. A respeito da primeira onda, que iria do final do século XIX até entorno de 1950, destaca que

No período, sexo e gênero são considerados de origem biológica, geneticamente herdados e imutáveis, tanto pelas características físicas como pelas sociopsicológicas que distinguem o macho da fêmea; o masculino do feminino. Sexo

e gênero são considerados como categorias distintas, mas o gênero se vincula diretamente ao sexo. Por essa razão, o conceito abarca apenas a binariedade. (PIMENTEL, 2017, p. 5).

É na segunda onda do feminismo, que iria de 1960 a 1990, que a distinção sexo/gênero vai aparecer.

A teoria essencialista sobre gênero – e respectivo determinismo biológico – é criticada pelos construcionistas sociais, que ressaltam os aspectos relacionais como dimensão fulcral de gênero. Gênero passa a dizer respeito a todo aparato construído pela sociedade, antes mesmo de nascermos, e reiterado ao longo da vida: cores, brinquedos, roupas, profissões, comportamentos, performances esperadas; refere-se ao “feminino” e ao “masculino”. Sexo, por sua vez, é um conceito ligado à biologia. Designa somente a caracterização genética e anátomo-fisiológica dos seres humanos. Refere-se ao genital e às características específicas e biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios. O conceito de gênero aprimora-se como construção social, e inúmeras teorias sofisticadas sobre o tema foram desenvolvidas a partir da crítica em relação à naturalização das desigualdades entre homens e mulheres. Desenvolveram-se reflexões filosóficas e jurídicas, como também pesquisas na área das ciências sociais tais como história, sociologia, antropologia e ciência política. (PIMENTEL, 2017, p. 7).

Os dois momentos históricos precedentes organizam-se sempre em torno de uma estrutura binária, seja de sexo (mulher/homem) ou de gênero (feminino/masculino). No primeiro momento, o gênero, enquanto papel social, estava atrelado ao sexo biológico e, neste sentido, as mais diversas características relacionadas ao sexo biológico dele derivariam, ou seja, naturalmente, meninos seriam objetivos, racionais, agressivos, assertivos e gostariam da cor azul, enquanto meninas seriam, naturalmente, subjetivas, sensíveis, emotivas, cordatas e gostariam da cor rosa.

No segundo momento, a diferenciação entre gênero e sexo simbolizou a ruptura com um modelo que cristalizava o gênero, enquanto papel social, no sexo biológico.

Em função dessa opressão de gênero, nasce a reivindicação, no campo político e jurídico, para que possíveis diferenças não se constituam em desigualdades, já que ninguém nasce já gostando de brincar de boneca ou de carrinho, ou preferindo a cor azul em detrimento da rosa segundo seu sexo. Várias características tidas como próprias de cada sexo são, na verdade, aprendidas durante o longo processo de socialização, que se inicia na família, continua na escola e nas demais instituições que o indivíduo passa a fazer parte ao longo da vida.

O referencial importante aqui para o movimento feminista seria se opor às estruturas sociais, políticas, culturais e jurídicas, que predeterminam à mulher a determinados papéis e funções que ela nem sempre deseja desempenhar; ao modelo em que as diferenças tidas como

naturais e imutáveis serviram de amparo para o sistema patriarcal e para a subordinação da mulher em todas as esferas da vida; ao modelo em que as diferenças, no caso da mulher, significaram desvalor, limitações e subordinação em relação ao homem.

A partir do momento em que a diferença sexual se converte em desigual tratamento legal das diferenças e o sexo masculino em “modelo de humano”, como assinalam Alda Facio e Lorena Fries (1999, p. 6), é que se revela que o Direito, enquanto produto de uma época, de uma determinada cultura, reflete a desigualdade de tratamento entre os sexos, não havendo neutralidade alguma.

Segundo as autoras, o que vai possibilitar esse olhar crítico a respeito dessa estrutura patriarcal é o feminismo, enquanto movimento social e político, enquanto uma ideologia e uma teoria, que parte da tomada de consciência das mulheres como coletivo humano subordinado, discriminado e oprimido pelo coletivo de homens no patriarcado.

Os estudos de gênero à categoria gênero têm forte impulso a partir da segunda metade do século XX como já foi exposto no capítulo que abordou especificamente a opressão de gênero.

Aqui se abre o caminho para um uso do gênero ao qual Silvia Pimentel (2017, p. 10) correlaciona a terceira onda do feminismo, que é desassociada do sexo e da sexualidade. Nesse momento, abre-se espaço para novas identidades de gênero, até para a ideia de desconstrução da identidade de gênero, colocando em seu lugar a ideia de fluidez e performances de gênero.

Uma expressão de gênero feminina pode estar baseada no sexo biológico feminino ou não, assim como uma expressão de gênero masculino pode estar baseada no sexo biológico feminino ou não. Dessa forma, o gênero vai se distanciando do caráter binário do sexo para permitir outras possibilidades de “identidade de gênero” que não se ajustam necessariamente às categorias “homem/mulher”.

Judith Butler (2014, p. 24) tem sido a pensadora contemporânea que questiona e problematiza a binariedade na construção da identidade de gênero:

Supondo por um momento a estabilidade do sexo binário, não decorre daí que a construção de “homens” aplique-se exclusivamente a corpos masculinos, ou que o termo “mulheres” interprete somente corpos femininos. Além disso, mesmo que os sexos pareçam não problematicamente binários em sua morfologia e constituição (ao que será questionado), não há razão para supor que os gêneros também devam permanecer em número de dois.

A desconstrução da binariedade de gênero por parte de Judith Butler¹⁶ vai permitir o acolhimento de uma multiplicidade de expressões de gênero, como exposto acima.

Já foi falado neste trabalho de “sexo”, “gênero”, “expressão de gênero” e “identidade de gênero”. Outro termo, que aparece correlacionado ao debate sobre ideologia de gênero é “orientação sexual”. Aqui se trata da manifestação da sexualidade, da atração sexual e afetiva, dos desejos e da libido, possibilitando as designações heterossexual, homossexual, bissexual. Havendo ainda pessoas que se definem como não desejantes de encontros eróticos com outrem, tratados por assexuados, por vezes.

Beatriz Pereira da Silva (2017, p. 3) resume os conceitos, até aqui tratados, de forma bastante clara:

Sexo é um conceito ligado à biologia; é o termo descritivo de genitália (pênis/vagina) e gênero é uma construção social que é utilizada como uma das explicações para a desigualdade entre homens e mulheres (feminino/masculino). O **gênero** diz respeito a todo o aparato construído pela sociedade antes mesmo de nascermos e reiterado ao longo da vida: cores, roupas, profissões, comportamentos, performances esperadas, dentre outras características. **Orientação sexual** concerne à atração física e afetiva que uma pessoa pode sentir por outra (heterossexuais, homossexuais, bissexuais...) e **identidade de gênero**, de acordo com os Princípios de Yogyakarta “é experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos. (grifo do autor).

Também define que “as pessoas transgêneros são aquelas cujo sexo biológico não corresponde à identidade de gênero a elas designadas ao nascer. Sob esse conceito encontram-se diversas identidades: as travestis, os andróginos, *dragqueens*, as transexuais.” (SILVA, 2017, p. 4).

Estudo realizado em 2012, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), intitulado “*Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes*” traz uma série de definições e conceitos além de suas implicações jurídicas:

Sexo: num sentido estrito “sexo” se refere as diferenças biológicas entre homem e mulher, suas características fisiológicas, genéticas, hormonais e anatômicas.

¹⁶ A leitura do posfácio de Vladimir Safatle à obra “Relatar a si mesmo”, de Judith Butler, é um bom caminho para a compreensão da teoria de Butler na desconstrução da noção de gênero enquanto identidade. Se, na teoria do reconhecimento, há uma possessão de identidade, de gênero e de sexo, na teoria *queer* há a despossessão de gênero.

Pessoas intersex: as pessoas intersex, da perspectiva do sexo são definidas pela doutrina da intersexualidade como todas aquelas situações que o corpo sexuado do indivíduo varia em relação ao padrão de corporalidade vigente feminina ou masculina. Essa identidade biológica tem se denominado através da figura mitológica do hermafrodita, a pessoa que nasce com ambos os sexos, com pênis e vagina.

Gênero: a diferença entre sexo e gênero reside em que o primeiro se concebe como um dado biológico e o segundo como uma construção social. O Comitê da ONU (Comitê CEDAW) que monitora o cumprimento da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher estabeleceu que o termo “sexo” se refere às diferenças biológicas enquanto o termo “gênero” se refere às identidades, às funções, aos atributos construídos socialmente e ao significado social e cultural que se atribui a essas diferenças biológicas.

Orientação Sexual: a orientação sexual de uma pessoa independe do sexo biológico ou da identidade de gênero. Se tem definido como a capacidade de cada pessoa de sentir uma profunda atração emocional, afetiva e sexual por pessoas de um gênero diferente do seu (heterossexualidade) ou do seu mesmo gênero (homossexualidade) ou indistintamente de pessoa de seu mesmo gênero ou de outro gênero (bissexualidade). Nessa categoria estão abrigados os termos homossexualidade, heterossexualidade e bissexualidade. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos observa que é reivindicação do movimento LGTBI o uso do termo “lésbica” para fazer referência a homossexualidade feminina e “gay” para fazer referência a homossexualidade masculina.

Identidade de gênero: de conformidade com os Princípios de Yogyakarta a identidade de gênero é a vivência interna e individual do gênero tal como a pessoa sente profundamente, o qual pode corresponder ou não ao sexo designado no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo, que pode incluir a modificação da aparência ou da função corporal através de meios médicos, cirúrgicos ou de outra natureza, sempre que livremente escolhido e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar etc. Nesta categoria estão incluídas as pessoas transgênero. Esse termo inclui a transexualidade e é utilizado para descrever as diferentes variantes da identidade de gênero, cujo denominador comum é a não conformidade entre sexo biológico da pessoa e sua identidade de gênero que foi tradicionalmente assinalada. Uma pessoa trans pode construir sua identidade de gênero independentemente de intervenções cirúrgicas ou tratamentos médicos.¹⁷

Transexualidade: as pessoas transexuais se sentem e se concebem a si mesmas como pertencentes ao gênero oposto que social e culturalmente lhe é assinalado de acordo com seu sexo biológico e optam por uma intervenção médica hormonal ou cirúrgica, ou ambas para adequar sua aparência física/biológica à sua realidade psíquica, espiritual e social. Há outras subcategorias que não necessariamente implicam modificações corporais como os travestis. Dentro da categoria transgênero também se tem colocado outras terminologias como: “cross-dresser” (que ocasionalmente usam roupas e objetos próprios do sexo oposto, “drag queen” (homens que se vestem como mulheres exagerando em maneiras femininas e geralmente em contextos festivos), “drag king” (mulheres que se vestem como homens, exagerando em maneiras masculinas e normalmente em contextos festivos e “transformista” (homens e mulheres que representam o sexo oposto para espetáculos). Existe certo consenso para se referir às pessoas transgênero como mulheres trans quando o sexo biológico é de homem e a identidade de gênero é feminina e homens trans quando o sexo biológico é de mulher, mas a identidade de gênero é masculina e pessoas trans ou trans quando não existe uma convicção de identificar-se dentro da categorização masculino-feminino.

Expressão de gênero: a expressão de gênero tem sido definida como a manifestação externa dos traços culturais que permitem identificar uma pessoa como masculina ou feminina conforme os padrões próprios de cada gênero em uma

¹⁷ Quando a pessoa vive o seu sexo biológico em conformidade com sua identidade de gênero é denominada de pessoa cisgênero.

determinada sociedade em determinado momento histórico. (OEA, 2012, p. 3-5, tradução nossa, grifo do autor).

O movimento contra qualquer referência a gênero nas escolas combate a denominada “ideologia de gênero” na educação. É um movimento que busca uma “educação neutra”¹⁸ coibindo todo tipo de “doutrinação ideológica” de professores, especialmente no que se refere aos temas de gênero e sexualidade. Teria tido início através de um sítio na internet em 2004 e adotou a denominação de “Escola sem Partido”¹⁹.

O livro “A Ideologia do Movimento Escola sem Partido”, editado pela organização não-governamental Ação Educativa retrata, com propriedade, através de vários artigos, a estratégia de perseguição, censura e delação dos educadores que ousam tratar de gênero e sexualidade nas escolas e disponibilizam modelo de notificação extrajudicial que ameaça professores que abordarem gênero e sexualidade.

Leonardo Sakamoto (2016, p. 13) relata que “o Escola Sem Partido afirma ter um batalhão de denúncias de doutrinação, mas publica apenas 33 em seu *site* (detalhe: o Brasil tem 45 milhões de estudantes” e assinala que

Isso está muito longe de configurar uma tendência, que precisa de dados mais robustos e outros estudos comprovados que confirmem a hipótese. E tem outra coisinha: se existe doutrinação esquerdista, ela está dando muito errado – uma pesquisa Datafolha, de dois anos atrás, e o próprio mapa eleitoral das últimas eleições registram um avanço da direita e um recuo da esquerda.

Durante a tramitação em 2014 do Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014), uma das polêmicas suscitadas foi acerca da promoção das equidades de gênero, raça/etnia, região e orientação sexual, que acabou excluída do texto do projeto. Por consequência, isso influenciou a tramitação dos planos estaduais e municipais, a partir da tese do combate da “ideologia de gênero” (MANHAS, 2016, p. 16). Até esse momento, a maioria dos educadores e demais atores do campo educacional nunca tinham ouvido as expressões “ideologia de gênero” ou “doutrinação ideológica” (XIMENES, 2016, p. 51).

Mas o que viria a ser a denominada “ideologia de gênero” que estaria, segundo esse movimento, doutrinando as crianças nas escolas?

¹⁸ Bittencourt (2017, p. 122) aponta que há, no discurso da Escola sem Partido, uma tendenciosa confusão entre partidarismo e política, visando justamente retirar da dimensão educacional a necessária análise dos fenômenos concretos da prática política e o projeto de Escola sem Partido, que apregoa lutar contra a manifestação de ideologias na educação, é, ele mesmo, ideológico.

¹⁹ Seu fundador teria sido Miguel Francisco Urbano Nagib, que se define como coordenador do movimento, cujo endereço eletrônico é www.escolasempartido.org.

Parte-se aqui de uma obra organizada pela União dos Juristas Católicos de São Paulo, intitulada “Ideologia de Gênero”, que reúne 12 artigos sobre o tema, sendo todos os autores da área jurídica e membros da referida associação. Um dos coordenadores afirma que

O certo é que a ideologia de gênero busca negar a natureza. Busca criar uma “nova natureza” não biológica, lastreada na manipulação da consciência da juventude, ao sustentar que as crianças nascem sem sexo definido, devendo escolher o gênero que desejam adotar, ainda quando crianças.

Esta primeira premissa é uma fantástica mentira, apregoada, no melhor estilo de Goebbels, por tantos quantos querem promover a proliferação da homossexualidade, levando crianças a fazerem opções em assuntos nos quais não tem condições de optar.

[...]

E do ponto de vista católico apostólico romano, sustentar que os gêneros (masculino e feminino) não existem, sendo uma opção a ser tomada pela criança, representa além de desrespeito, odiosa manipulação da consciência dos jovens, impedindo-os, inclusive, de promover a real defesa de valores familiares, os quais pressupõem vínculos de responsabilidade e de afeto, que no plano sexual, possam gerar proles, *naturalmente*. (MARTINS, 2016, p. 5 e 7, grifo do autor).

De imediato é possível perceber que o autor não diferencia gênero, de identidade de gênero, expressão de gênero e, o que é muito mais grave, de orientação sexual. Logo, segundo sua lógica, os adeptos da “ideologia de gênero” querem, por meio de sua ideologia, levar as crianças a se tornarem homossexuais e assim destruir a família que somente é reconhecida por ele quando se trata de pessoas que possam gerar filhos naturalmente, ou seja, um homem e uma mulher.

Na mesma obra, outro autor, também embaralhando os conceitos ao referir-se à ideologia de gênero, diz que “nessa visão, qualquer que seja o sexo, um indivíduo, poderia escolher e construir socialmente seu gênero: um homem poderia optar pela heterossexualidade, homossexualidade ou pela transexualidade” (FERNANDES, 2016, p. 10). Mais uma vez, toma-se identidade de gênero por orientação sexual como se fossem a mesma coisa. Um indivíduo do sexo masculino pode ser homossexual (orientação sexual), ou seja, sentir desejo sexual e afeto por homens, e ao mesmo tempo estar satisfeito com sua identidade de gênero masculina, ou seja, não ter nenhum desconforto ou rejeição no que diz respeito ao seu sexo, não sendo, portanto, transexual. Sua identidade de gênero, nesse caso, corresponderia ao seu sexo biológico, sendo denominado de pessoa cisgênera.

Há quem afirme a inconstitucionalidade da ideologia de gênero, mas não fundamenta sua argumentação na Constituição:

Escrevo inicialmente de forma absolutamente taxativa: a ideologia de gênero é algo diabólico! Não há adjetivo melhor para definir a ideologia de gênero do que este:

“diabólico”. Sabemos todos que o diabo é o pai da mentira e que a mentira se opõe à Verdade, algo próprio de Deus, logo a adjetivação cabe como luva à mão ao conceito de ideologia de gênero. (CREMONEZE, 2016, p. 36).

Resumidamente pode-se afirmar que os autores que se utilizam da expressão “ideologia de gênero”, no contexto do debate do direito à educação, estão preocupados em defender que a ideologia de gênero seria um ataque frontal à única família por eles admitida (composta por homem/mulher heterossexuais, cisgêneros e com prole natural) e uma negação à identidade biológica que seria imutável e dada pelo Criador. “A *ideologia de gênero é uma técnica*, idealizada, em conjunto com fundações internacionais, pelos partidos de esquerda, que pretende, utilizando o sistema escolar, *abolir a família como instituição social*, em total violação à nossa Constituição de 1988.” (RODRIGUES, 2016, p. 129).

Também muito presente a ideia de que, a partir do uso dessa ideologia, as pessoas não teriam mais sexo, não seriam mais homens ou mulheres, mas poderiam escolher livremente seu gênero. A realidade posta da existência de pessoas homossexuais, bissexuais, transgêneros, travestis etc. etc. seria aberração, símbolo da revolta da criatura diante do Criador e de sua onipotência na criação do homem e da mulher, idealmente perfeitos em sua união para a perpetuação da espécie.

Não é sem razão de ser a utilização da palavra “ideologia”, porque o que se pretende é ressaltar o caráter falso de tais ideias que visam negar a natureza. Há um sentido para a palavra ideologia que se refere a ela como ilusão, falsa consciência, como um conjunto de crenças, trazendo a ideia de que o ideólogo é aquele que falseia a realidade (CARNIO, 2009, p. 96). Ou ainda uma doutrina mais ou menos destituída de validade objetiva, um obstáculo ao pensamento racional. Ideologia como crença falsa. É um sentido negativo e pejorativo para a palavra ideologia, a qual não nasceu com essa conotação.²⁰

A partir desse ponto de vista, a expressão “ideologia de gênero” foi cunhada para se atribuir ao conceito de gênero e aos estudos de gênero, desenvolvidos por inúmeros pesquisadores, em várias áreas do saber, a ideia de que tem produzido algo falso, ilusório, sem validade, que distorce a realidade, pois os que defendem o banimento da categoria gênero da educação e da prática de ensino, defendem que gênero não existe, é falso, é ilusório. O que existe é o sexo biológico, visível, palpável, natural e imutável pelo ser humano.

Como se pôde demonstrar ao longo da primeira parte desta tese, o conceito de gênero bem como os estudos de gênero, realizados desde meados do século XX, não têm nada a ver

²⁰ Veja nesse sentido: Carnio (2009), Albagnano (2007), Mautner (2011) e Stoppino (2008-2010).

com o que se tem denominado por “ideologia de gênero”. O que todos os pesquisadores de gênero têm produzido, ao longo dos últimos 50 anos de estudos de gênero, não busca falsear a realidade, muito pelo contrário, buscam compreendê-la e valorizar a diversidade do ser humano como um componente essencial para a vida em sociedade.

Os estudos de gênero são ciência indispensável para a compreensão do sexismo também no ambiente jurídico, sexismo este que se expressa na legislação e na interpretação que dela se faz. A criminalização do aborto, a maternidade obrigatória, vista como algo natural e apartada da possibilidade das escolhas humanas, e o controle do exercício da sexualidade das mulheres pela legislação que criminaliza o aborto podem ser questionados e melhor compreendidos a partir dos estudos de gênero que em nada se constituem ou podem ser chamados de “ideologia de gênero”.

A teoria de gênero permite uma visão crítica do Direito e colabora de forma efetiva para a proteção dos direitos humanos das mulheres relacionados com a temática do aborto, como será visto na segunda parte deste trabalho.

PARTE 2 – O ABORTO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Direito ao Estado Laico: a laicidade na Constituição²¹

Marta tomou uma garrafada de uma mulher que preparou a seu pedido algo que a fizesse abortar. Pegou no dia seguinte e pagou 50 reais. Teve muito sangramento e foi levada ao hospital por sua mãe.

O feto foi achado num terreno baldio. Não se conseguiu apurar quem teria deixado ali nem a causa da morte.

O feto foi achado embaixo de uma árvore numa caixa de sapato. Não se localizou a genitora e a causa da morte também não pode ser determinada.

O feto foi encontrado na caixa de esgoto de um prédio na limpeza que era realizada. Não se logrou apurar autoria ou se houve provocação do aborto.

O feto foi encontrado por funcionários terceirizados da Sabesp na rede na qual estavam realizando manutenção. Não acharam ninguém nos prédios vizinhos que soubessem de alguma coisa.

O feto foi encontrado pelos coletores de lixo que chamaram a polícia antes de jogar no caminhão. O laudo apontou prematuridade como causa da morte. A gestante não foi localizada.

Invariavelmente a laicidade estatal aparece nas discussões a respeito do aborto. Isso porque há vários movimentos, de fundamento religioso, relativamente organizados, contrários à ampliação de qualquer nova hipótese de aborto e até mesmo favorável a uma criminalização total. Também é a posição oficial da igreja católica no Brasil, expressada pela Confederação dos Bispos do Brasil (CNBB), bem como de algumas igrejas evangélicas²².

²¹ Esse tema já foi desenvolvido em alguns artigos pretéritos. Nesta tese é aprofundado e desenvolvido à luz do dever constitucional de descriminalização do aborto.

²² É importante fazer referência que há movimento de mulheres católicas e evangélicas que defendem a descriminalização do aborto, bem como integrantes da própria igreja. Na audiência pública, convocada pela Min. Rosa Weber, relatora da ADPF 442, ocorrida nos dias 3 e 6 de agosto de 2018, entre os religiosos que se posicionaram a favor da descriminalização do aborto, estavam a diretora da organização Católicas pelo Direito de Decidir, Maria José Rosado Nunes, a pastora luterana Lusmarina Campos Garcia, do Instituto de Estudos da Religião, bem como o rabino Michel Schlesinger, porém de forma mais sutil que as duas

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagra um modelo de Estado Laico, ou seja, desvinculado de quaisquer confissões religiosas. Esse modelo é imprescindível para a defesa dos direitos humanos fundamentais e de um Estado Democrático, Plural e respeitador da diversidade. A proteção jurídica dos direitos sexuais e reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos tem sido ameaçada constantemente no Brasil pela atuação organizada e persistente de grupos religiosos que atuam fortemente no Poder Legislativo. Pesquisa denominada “Religião e Política” (VITAL; LOPES, 2012, p. 156) aponta que a chamada “bancada cristã” dispõe do equivalente a quase um quinto dos deputados da Câmara Federal.²³

É uma guerra que atinge desproporcionalmente as mulheres, na medida em que tem papel preponderante na reprodução e na medida em que são historicamente discriminadas no exercício de sua sexualidade e na insistência de controle social e político sobre seus corpos.

Pedro Salazar Ugarte (2008, p. 4) aponta que, por trás do projeto de laicidade, descansa uma ideia poderosa de que as pessoas são seres dignos que têm o direito a viver suas vidas de forma autônoma e livre e, num Estado Laico, nada e nem ninguém pode intrometer-se nas ações que têm a ver com a vida privada, com a integridade do próprio corpo, com a sexualidade, com o pensamento, com a consciência. E, no terreno da sexualidade e dos direitos reprodutivos, existe esta tensão entre a liberdade e a autonomia por um lado e os dogmas de muitas religiões por outro.

Recentes decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, na questão da possibilidade de antecipação de parto de feto portador de anencefalia e da possibilidade de realização de pesquisa científica com células-tronco embrionárias, demonstraram que a laicidade do Estado é condição para a proteção de uma série de direitos constitucionais, como a liberdade, autonomia, dignidade humana, saúde, planejamento familiar e, em especial, os direitos sexuais e reprodutivos. Referidas decisões tiveram que enfrentar esse ponto a fim de decidir

primeiras. Afirmou a pastora Lusmarina que o Estado não pode confundir crime com o que é considerado pecado. Mesmo assim, a Bíblia não condena o aborto. O argumento mais importante das religiões contra o aborto é o mandamento “não matarás”, mas ele não era de aplicação universal porque a Bíblia autorizava matar estrangeiros, mulheres adúlteras, inimigos. A vinculação do aborto com esse mandamento é uma manipulação do texto bíblico. Maria José alegou que muitas católicas praticam o aborto e que as mulheres pobres são as que mais sofrem com as consequências do procedimento clandestino. “Não podemos continuar fechando os olhos para essa realidade. A Constituição deve ser cumprida e a religião deve acolher e não julgar” (2018a). No ano de 2018 foi criada uma Frente Evangélica de Mulheres a favor da descriminalização do aborto.

²³ A mesma pesquisa (VITAL; LOPES, 2012, p. 156) observa, ainda, que há muita organicidade no comportamento dos políticos da Frente Parlamentar Evangélica – FPE, que contam com um *staff* qualificado que lhes acompanha no trabalho cotidiano do Congresso Nacional, fornecendo informações, conectando-os com suas bases, conduzindo reuniões e dialogando com magistrados, ministros e secretários de governo.

sobre essas questões, que sofriam severa resistência por parte de grupos religiosos ou de grupos e indivíduos não pertencentes ou identificados com a igreja, mas que examinam a questão através da lente da religião, através da adoção da perspectiva moral e/ou confessional.

A história constitucional do Brasil demonstra que nem sempre o Brasil foi um Estado Laico. Até a proclamação da República, em 1889, e a nova Constituição de 1891, vivia-se num Estado Monárquico e Confessional que adotava a religião católica como oficial.

Quando o Estado resolve adotar uma religião oficialmente, ainda que seja a de um grupo majoritariamente dominante ou hegemônico, é inevitável o seu comprometimento com crenças, princípios morais, ideologias de um determinado grupo em detrimento de outros, ainda que possam ser considerados minoritários. Um Estado que se assenta no princípio democrático e na defesa de direitos fundamentais para todos, indistintamente, de forma universal, não pode patrocinar ou assumir uma determinada religião.

É inegável que as religiões constituem forças sociais e políticas que se organizam, no sentido de formar seus adeptos e de conseguir novas adesões a partir de um determinado programa de valores que contém regras morais, ritos e liturgias. Um Estado Democrático deve conceber a liberdade de religião, crença e consciência e protegê-la como direito fundamental. Isso significa não aceitar, como próprio do Estado, nenhuma religião específica para que todos sejam protegidos em sua liberdade, inclusive os que não professam religião alguma.

Entretanto tem sido cada vez mais comum a organização dos grupos religiosos, no sentido de transpor e impor seu código de valores morais para toda a comunidade, pressionando as instituições do Estado, das mais diversas formas, para assumirem valores particulares em detrimento da coletividade.

Não se ignora que as religiões possuem códigos de valores que encontram respaldo na comunidade, entranhados na sua cultura e vivência e, por muitas vezes, o próprio Direito, nas suas mais diversas expressões – lei, doutrina e decisão judicial –, assumem-nos e os reconhecem.²⁴ Porém sempre há de haver um limite para as decisões da maioria, ou seja,

²⁴ A pesquisa “Religião e Política” (VITAL; LOPES, 2012, p. 169) analisa de forma muito interessante a existência de ambiguidade entre laico e confessional no Brasil, ao afirmar que, do ponto de vista estritamente legal, o Brasil é um Estado laico desde a primeira Constituição republicana (1891), como é exaustivamente lembrado em diferentes trabalhos que abordam a problemática da religião no espaço público no país. Contudo, no cotidiano, depara-se com fatos que colidem com esse princípio. Como, por exemplo, o financiamento de atividades religiosas com recursos públicos (shows, caminhadas etc.), presença nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de símbolos religiosos e de cultos, contratação de professores de ensino religioso confessional, entre outros. No mesmo sentido, em outro trabalho extenso, que analisa a laicidade e direitos reprodutivos das mulheres, “*Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres em la jurisdicción constitucional latino-americana*”, Alberto Abad Suárez Ávila (2015, p. 5) afirma que, embora haja uma separação formal nos

ainda que se tenha uma maioria religiosa, expressiva numericamente, bem organizada e que elege representantes no Parlamento, no Executivo, entre outras instâncias, capaz, de forma legítima, de fazer predominar sua orientação moral, a minoria tem que encontrar na Constituição proteção para a defesa de seus direitos e de sua liberdade e a possibilidade de resistir a padrões morais de uma maioria eventual.

Enfim, pretende-se demonstrar que a Constituição Federal de 1988, ao constituir o Brasil como Estado Laico, assegurou a liberdade de crença e consciência para todas as pessoas, sem distinção, possibilitando proteção para os grupos vulneráveis e as minorias, que, também sendo partes do elemento humano que formam o Estado, não estão obrigados a seguir padrões morais específicos de uma determinada religião.

Dessa forma, as manifestações do Estado, por meio de quaisquer dos três poderes, devem observar o princípio do Estado Laico. Entretanto o que se vê da ação da Frente Parlamentar Evangélica, no Poder Legislativo brasileiro, é a interferência no andamento de propostas, como de políticas de prevenção à AIDS, ao casamento igualitário, à criminalização da homofobia, contra a descriminalização do aborto, contra o chamado “divórcio instantâneo”, entre dezenas de outros projetos. Os religiosos atuam para atrasar a votação de projetos, retirá-los da pauta ou rejeitar os que se oporiam ao seu sistema de crenças e, do mesmo modo, atuam em conjunto pela aprovação de propostas de interesse do segmento, como o Estatuto do Nascituro que, entre outras medidas, prevê o pagamento de um salário mínimo para mulheres que engravidarem após o estupro (VITAL; LOPES, 2012, p. 170).

A saúde reprodutiva é tema palco das maiores resistências e está implicada no controle moral e de fundo religioso da sexualidade das mulheres e de seus direitos reprodutivos. Tema que somente pode ser melhor compreendido do ponto de vista das relações sociais de gênero, já que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres não são exercidos de forma igual em virtude especificamente de sua condição de mulheres. É a condição de ser mulher, numa sociedade concreta, de viés patriarcal, sexista e heteronormativa, que marca as tensões entre a laicidade e a defesa constitucional dos direitos sexuais e reprodutivos.

De todo modo, o inciso VI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a liberdade de consciência e de crença e o fato de ninguém poder ser privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (inciso VIII,

países da América Latina, muitos princípios da religião católica permaneceram incorporados ao Direito Positivo, nos papéis desempenhados na família, matrimônio, divórcio, diversidade sexual, aborto etc., já que a região é marcadamente católica.

artigo 5º, CF 1988), coloca entraves suficientes à adoção de quaisquer confissões religiosas por parte do Estado e limite expresso para a ação parlamentar, ainda que represente anseios de uma maioria religiosa. Ou seja, a constituição de eventual maioria parlamentar religiosa não poderá impor suas convicções morais e religiosas a todos por meio da elaboração das leis. Normalmente a “bancada religiosa parlamentar” não defende publicamente o estabelecimento de um Estado religioso, mas querem que a sua presença tenha a força e legitimidade que outros grupos de opinião e pressão também exercem sobre o Estado (VITAL; LOPES, 2012, p. 4).

Também o Poder Executivo limitado em sua ação, pela Constituição e pelas leis, sofre as mesmas limitações impostas à atuação legislativa.

Mariano Lopez Alarcon (1996, p. 71 e seg.) ressalta que as sociedades vivem de forma muito diversificada do ponto de vista religioso e ideológico, que o Estado se desconfessionalizou para atuar de forma laica, de modo que as crenças e práticas religiosas tendessem a se desvincular do institucional e, portanto, a consequência primária da secularização seria o pluralismo, que abarca todos os campos (religioso, ideológico, político, ético, científico, cultural etc.), constituindo, em mais que um princípio, na nova realidade do mundo moderno.

Continuando, o autor destaca que viver em pluralismo religioso e ideológico constitui uma experiência que requer constante prática da tolerância, vigilância permanente para impedir que exclusivismos religiosos ou ideológicos desemboquem em posições monistas ou fundamentalistas, que seriam inconstitucionais. Decorre daí a existência de mecanismos jurídicos de obstrução de monismos, inclusive a proibição de confessionalização do Estado.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso VI estabelece que é inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegura o livre exercício dos cultos religiosos, protegendo os locais de culto bem como as suas liturgias. O inciso VIII, do artigo 5º diz que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

Ao tratar da organização do Estado do ponto de vista político e administrativo, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a possibilidade de estabelecer cultos religiosos ou igrejas, de subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança. Ressalva que, na forma da lei, poderá haver colaboração de interesse público (art. 19, I, CF 1988).

A relação Estado-Religião, na Constituição, assenta-se no reconhecimento de um direito fundamental à liberdade de crença e consciência bem como à liberdade de convicção filosófica ou política, ou seja:

na liberdade de crença entra a *liberdade de escolha* da religião, a *liberdade de aderir* a qualquer seita religiosa, a *liberdade de não aderir à religião alguma*, assim como a *liberdade de descrença*, a *liberdade de ser ateu* e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros (SILVA, 2015, p. 242, grifo do autor).

Além de respeitar essas liberdades ensejadoras de direitos fundamentais, a Constituição quis que o próprio Estado se abstinhasse de patrocinar qualquer religião, ou seja, que fosse um Estado Laico.

A liberdade religiosa, ainda, compreende três liberdades: a liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa. Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 190 e seg.) estabelece a mesma distinção e diz que a liberdade de consciência não se confunde com a de crença, uma vez que uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma, ou seja, protege-se os ateus e agnósticos e, por outro lado, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a certos valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum.

A respeito da relação Estado-Igreja, José Afonso da Silva (2015, p. 243) observa a existência de três sistemas: a confusão, a união e a separação, cada qual com gradações.²⁵ Na “confusão”, o Estado confunde-se com determinada religião, é o Estado teocrático, como o Vaticano e os Estados islâmicos. Na hipótese da “união”, verifica-se relações de participação do Estado em uma determinada igreja, no que concerne à sua organização e ao funcionamento, como, por exemplo, a participação na designação de ministros religiosos e sua remuneração. Foi o sistema do Brasil-Império. Na Constituição Política do Império, a Religião Católica Apostólica Romana era a Religião Oficial do Império. Ademais o único culto permitido era o católico. Os demais eram tolerados apenas como “culto doméstico”, em

²⁵ Jorge Miranda (1993, p. 355) também estabelece um quadro esquemático das relações entre Estado e confissões religiosas, tal como as revelam a história e o Direito Comparado. Vislumbra o autor a possibilidade de identificação entre Estado e religião, é o Estado confessional no qual pode haver domínio do poder religioso sobre o poder político (teocracia) ou domínio do poder político sobre o poder religioso (cesaropapismo); de não identificação (Estado laico) e, nessa hipótese, com união entre o Estado e uma confissão religiosa (religião de Estado) e com separação, sendo que a separação pode ser relativa (com tratamento especial, privilegiado de uma religião) ou separação absoluta (com igualdade das confissões religiosas); e, por fim, de oposição do Estado à religião, oposição relativa (Estado laicista) ou oposição absoluta (Estado ateu (ou de confessionalidade negativa)).

casas particulares, sem que configurassem templos. O Imperador antes de ser aclamado teria que jurar manter a religião católica. Competia ao Poder Executivo nomear os Bispos e prover os benefícios eclesiásticos. Ou seja, era um Estado Confessional.

Somente com a proclamação da República e a Constituição de 1891 é que o Brasil se torna um Estado Laico admitindo e respeitando todas as vocações religiosas.

O sistema da “separação e colaboração” é o adotado pela Constituição de 1988. O campo da separação está melhor delineado, já que o texto constitucional menciona que as unidades federadas não podem estabelecer cultos religiosos, criando religiões ou seitas, bem como subvencionar, ou seja, concorrer com dinheiro ou com outros bens públicos ou ainda embaraçar o exercício dos cultos religiosos, dificultando, limitando ou restringindo a sua prática. Nesse sentido é que se insere a imunidade dos templos de qualquer culto. Também no tocante à separação, não se admitem as relações de dependência ou de aliança com qualquer culto, igreja ou seus representantes, o que não impede, naturalmente, as relações diplomáticas com Estados Confessionais, nas quais ocorre uma relação de Direito Internacional.

Quanto ao tema da “colaboração de interesse público”, pode-se dizer que o inciso I, do artigo 19, da Constituição traz uma norma de eficácia limitada, a depender da edição de legislação infraconstitucional, para ter eficácia nessa parte.

Nota Técnica da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados (ALMEIDA JÚNIOR, 2003, p. 3-4) orienta a todos os parlamentares que

nos termos da Constituição Federal (art. 19, I), o Brasil adota o histórico princípio republicano da laicidade – princípio da separação entre Estado e Igreja, entre instituições governamentais e religiosas. Portanto, proposições ou outros trabalhos parlamentares de caráter religioso ferem esse princípio constitucional.

[...]

O princípio do Estado Laico e, portanto, típico das nações que vivem sob a égide do Estado Democrático de Direito. Só não é observado hoje nas teocracias, como as que existem em algumas nações, sobretudo do mundo islâmico, e em nações e sociedades tribais. E é sobejamente sabido o preço que se paga nos regimes teocráticos pela mistura das razões de Estado com as de crença e culto religioso.

A Constituição Federal de 1988, ao optar por um Estado Laico, escolheu o regime da tolerância e do respeito à diversidade. Conforme pontua Jorge Miranda (1993, p. 357):

sem plena liberdade religiosa, em todas as suas dimensões – compatível, com diversos tipos de relações das confissões religiosas com o Estado – não há plena liberdade cultural, nem plena liberdade política. Assim como, em contrapartida, aí onde falta a liberdade política, a normal expansão da liberdade religiosa fica comprometida ou ameaçada.

O tratamento da liberdade de crença e consciência, como um direito constitucional fundamental, é, portanto, peça-chave para a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos. Sem que se adote determinada concepção religiosa ou de cunho moral em debate, o Estado tem que garantir na órbita privada todas as posições.

É importante também mencionar que a descriminalização do aborto não obrigará ninguém a abortar, justamente, porque o Estado é laico e se garante o exercício de todas as concepções morais e ou religiosas. Ocorre que se tem presenciado certa apropriação do discurso jurídico pelo religioso:

A narrativa religiosa do direito absoluto do conceito como sinônimo do direito à vida elude seu ponto de partida religioso, pois se traveste de narrativa jurídica e elide os princípios da narrativa jurídica baseados na ponderação entre distintos bens jurídicos. Busca produzir uma nova fundação do conceito de pessoa capaz de esquecer que a pessoa juridicamente tornada “sujeito de direitos” pressupõe o contexto do sujeito em relações sociais. Hierarquiza os supostos direitos das mulheres como subalternos aos aventados direitos do zigoto, da mórula, do embrião e do feto (a qualquer tempo de sua formação e em qualquer circunstância, de tal forma que se esvanecem não só os direitos das mulheres sobre sua reprodução, como seus direitos à vida, à saúde e à vida digna. Ao se apropriar da linguagem dos direitos humanos, a distorce em nome da sacralização de uma vida em abstrato, e não de uma pessoa social em concreto. (MACHADO, 2017, *on-line*).

Ainda vale observar que

Sociedades fortemente marcadas por uma tradição católica são conformadas por um imaginário social em que a maternidade não se coloca como uma escolha, mas como uma obrigação que se impõe duplamente, como uma realização e como uma “punição” para as mulheres, que, caso tenham relações sexuais fora do escopo do casamento, devem arcar sozinhas com o ônus dessa escolha

[...]

Embora diversas religiões condenem ostensivamente a prática do aborto, essa condenação deve ter lugar no âmbito de cada comunidade religiosa e não no espaço público da atuação estatal, forçosamente laico por mandamento constitucional. É por isso que a argumentação religiosa que embasa a defesa da vida do feto a todo custo faz sentido no âmbito privado da vivência de cada crença, mas não pode ser imposta publicamente como regra moral à toda população, ainda que em um país de maioria católica. Isso significaria infringir o direito à liberdade religiosa daqueles que professam outras religiões ou mesmo nenhuma religião, impondo uma única perspectiva à toda sociedade e violando simultaneamente os direitos de laicidade na prestação de serviços públicos de saúde e de autonomia privada e liberdade religiosa de cada mulher. O campo jurídico – que também é da esfera pública –, também não pode utilizar o entendimento religioso sob pena de ferir a laicidade do Estado. (GONÇALVES; ROSENDO, 2015, p. 314-315).

Portanto, a garantia do Estado Laico é de fundamental importância para que se interprete a proibição do aborto em face desse corolário, bem como para interpretar a proteção do direito à vida e dos demais direitos constitucionais fundamentais das mulheres como barreiras constitucionais a manutenção da criminalização do aborto. Como já explicitado, a

não criminalização permitirá que cada mulher possa fazer suas escolhas morais, de forma consciente e responsável, pois nem abortar seria crime, tampouco a maternidade seria obrigatória, nem haveria obrigatoriedade de se realizar o aborto em virtude do respeito às crenças e valores morais de cada uma. Não cabe às religiões, nem a nenhuma crença ou convicção filosófica, impor-se a todos os demais em desrespeito aos direitos de dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, saúde reprodutiva e planejamento familiar etc.

Flávia Piovesan (2007, p. 67) aponta a laicidade como um argumento de ordem política para revisão da criminalização do aborto, pois o Estado laico é garantia essencial para o exercício dos direitos humanos, na busca de uma sociedade livre, diversa e plural. Argumenta a autora que não há uma definição científica a respeito do início da vida: se na fecundação, na implantação do embrião no útero, ou se apenas com a vida extra-uterina, como entende o judaísmo e, no próprio catolicismo, São Thomas de Aquino sustentava, firmemente, que o feto só adquiria alma após determinado tempo – 40 dias para o masculino e 80 dias para o feminino. Por muitos anos, sob essa doutrina a igreja católica entendia que o aborto não era um crime quando cometido no início da gravidez, antes do feto adquirir alma.

No mesmo sentido, manifesta-se Samantha Buglione (2013, p. 200) para quem a criminalização do aborto voluntário funda-se num campo exclusivo de moralidade que não cabe nem à ciência, nem à ética, pois o conflito se dá em diferentes crenças morais sobre a vida, decorre da liberdade de crença que é assegurada pelo mesmo ordenamento jurídico que provoca discriminação. Dessa forma, tem-se, ao mesmo tempo, uma violação dos pressupostos fundamentais da ordem democrática: da liberdade de crença e pensamento e da igualdade.

A laicidade estatal é pressuposto de realização de todos os direitos constitucionais envolvidos na discussão sobre descriminalização do aborto. Suporte necessário para o exercício de todos esses direitos e para a compreensão laica do direito à vida, para ainda possibilitar, através da proporcionalidade, conjugar proteção à vida também do embrião, conforme seu desenvolvimento, ao mesmo tempo em que se garante os demais direitos constitucionais das mulheres, o que será abordado mais detidamente no próximo capítulo.

2.2 Direito à vida: conteúdo da proteção constitucional integrado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica

O feto foi encontrado perto de uma lixeira em área restrita de hospital. Dias antes descobriram um furto de misoprostol do setor de farmácia do hospital. Ouviram vários funcionários, mas não descobriram nada. Uma funcionária que faltou no dia seguinte chegou a apresentar um atestado médico de que não estava grávida no inquérito policial.

Lúcia foi ao hospital com fortes dores abdominais. Nem sabia que estava grávida. Sentiu vontade de evacuar e foi ao banheiro. Não olhou o que saiu de seu corpo. Se limpou e não havia sangue. Foi achado depois pelos funcionários do hospital um feto de cerca de 6 meses na privada.

Feto de 8 meses achado no banheiro de uso do público no Pronto Socorro. Não conseguiram identificar nenhuma pessoa.

Ao abordar a descriminalização do aborto, não há como não tratar da vida. O aborto é criminalizado pelo Código Penal brasileiro com o suposto objetivo de proteger a “vida”. A vida é um direito constitucional fundamental, assim como Roberto Dias (2012, p. 117) já afirmou ao tratar do fim da vida, ou da morte, ou da morte digna, enquanto direito constitucional, esta tese também não tem por objetivo trazer definição da vida:

*Esse estudo não tem, obviamente, a pretensão de definir a vida, mesmo porque ela parece indefinível, por contemplar uma gama de inumeráveis relações, alegrias, sofrimentos, reações, angústias, prazeres, etc. Por esses motivos, pode-se dizer que a vida é muito mais do que o ciclo que se inicia em um certo momento e termina com a morte, pois a vida não é precisa. Viver é *et cetera*. A vida deve ser compreendida em sua complexidade e, principalmente, em sua qualidade, e não como um intervalo de tempo ou apenas como um fenômeno biológico.*

O direito à vida, na arquitetura constitucional, é daqueles direitos chamados de clássicos. Dos primeiros direitos que foram contemplados pelas Declarações de Direitos e Constituições do constitucionalismo moderno. Nasce ligado ao modelo de Estado Liberal e, num primeiro momento, é interpretado como garantia da vida biológica, física, orgânica, bastando para sua garantia a não intervenção do Estado no sentido de não violar a vida das pessoas, de não as matar e de deixá-las viver.

Após as Revoluções Socialistas e o nascimento do Estado Social, o direito à vida incorpora um novo sentido, um sentido social e coletivo. Dessa forma, a proteção do direito à vida passa pela garantia de condições mínimas de vida boa, vida com qualidade, vida em que se garanta saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, bem-estar etc. Em suma: dignidade da pessoa humana. De sorte, que não basta abstenção do Estado para o atingimento de tais valores, pelo contrário, o Estado tem que atuar consistentemente para a consecução desses demais direitos relacionados ao direito à vida através das chamadas políticas públicas.

O direito à vida, ao lado dos direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, faz parte dos direitos clássicos, dos primeiros direitos constitucionalizados e todos estão previstos logo no início do título “Dos direitos e garantias fundamentais” e fazem parte do *caput*, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Portanto, o direito à vida faz parte do rol de direitos fundamentais em seu enquadramento constitucional, sendo objeto de estudo de todas e todos que se debruçam sobre o Direito Constitucional ou sobre os Direitos Humanos. Dessa forma, qualquer constitucionalista, a princípio, deveria estar preocupado em estabelecer seus contornos, uma interpretação de seu sentido e alcance e, de alguma forma, enfrentar a questão do aborto ao qual está diretamente relacionado. Entretanto não é exatamente o que acontece no âmbito do Direito Constitucional brasileiro. Os estudiosos do Direito Constitucional não se debruçam, monograficamente, sobre o assunto, com raras exceções, e poucos cursos ou manuais abordam o tema, bem menos ainda, com maior profundidade²⁶.

Nesse cenário, merece destaque o curso de José Afonso da Silva (2015, p. 205) que busca enfrentar o tema:

Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, *desde a concepção*, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando, nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós, nos parece que, no feto, já existe vida humana. Demais, numa época em que há muitos recursos para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intrauterina que se não evitou. No fundo, a questão será decidida pela legislação

²⁶ Muitos cursos e manuais de direito constitucional foram consultados para a realização desta tese, em virtude de serem essas obras, normalmente, a referência inicial e básica para os estudantes de graduação ou mesmo daqueles que se preparam para os concursos públicos. Não foram encontradas abordagens que discutissem a correlação do direito constitucional à vida, aborto e direitos constitucionais relacionados à descriminalização do aborto nas seguintes obras: Lenza (2013); Bonavides (1996); Temer (1993); Teixeira (1991); Bastos (1999); Ferreira Filho (2015).

ordinária, especialmente a penal, a que cabe definir a criminalização e descriminalização do aborto. E, por certo há casos em que a interrupção da gravidez tem inteira justificativa, como a necessidade de salvamento da vida da mãe, o de gravidez decorrente de cópula forçada e outros que a ciência médica aconselhar.

Vários autores, como os citados abaixo, afirmam simplesmente que a Constituição protege o direito à vida desde a concepção, desde a fase uterina, alguns sem maiores preocupações em fundamentar tais afirmações:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência de todos os demais direitos.

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez.

[...]

A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina. (MORAES, 2009, p. 35).

A Constituição assegurou o direito à vida. Em outras palavras, o texto constitucional proibiu a adoção de qualquer mecanismo que, em última análise, resulte na solução não espontânea do processo vital.

Ao lado desse aspecto, releva observar que outras formas de interrupção do processo vital estão igualmente proibidas pelo texto constitucional, dentre elas a eutanásia e o aborto.

[...]

É que a vida, iniciada, com a concepção, não pode sofrer solução de continuidade não espontânea, fazendo com que o direito a ela também se estenda ao nascituro. Logo, mesmo uma emenda constitucional não poderia legitimar o aborto em nosso sistema jurídico fora das hipóteses já admitidas, sabido que é o disposto no art. 60, parág. 4º, IV da Constituição da República, que petrificou os chamados direitos individuais. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 214).

O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção, quer ela ocorra naturalmente, quer *in vitro*. O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do *homo sapiens*. Isso é bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana.

O direito à vida não pressupõe mais do que pertencer à espécie *homo sapiens*. Acreditar que somente haveria pessoa no ser dotado de autoconsciência é reduzir o ser humano a uma propriedade do indivíduo da espécie humana, que inclusive pode ser perdida ao longo da sua existência. O indivíduo que se consubstancia da fusão de gametas humanos não é apenas potencialmente humano ou uma pessoa em potencial; é um ser humano, por pertencer a espécie humana. Por conta dessa sua espécie humana, o ainda não nascido tem direito à vida como os já nascidos, até por imposição do princípio da igual dignidade humana. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 259).

O direito à vida é o mais importante de todos os direitos. Sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam. Daí a Constituição proteger todas as formas de vida, inclusive a uterina.

[...]

O direito à vida inicia-se com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando num ovo ou zigoto. (BULOS, 2008, p. 414-423).

André Ramos Tavares (2012, p. 576) afirma que, em relação ao momento inicial de proteção à vida, foi adotada a teoria da concepção da igreja católica, que consiste em defender a existência de vida humana desde o momento da concepção e diz que essa é a diretriz atual encampada pela sistemática do Direito brasileiro. É interessante observar que a afirmação não vem sustentada na interpretação da redação original da Constituição, mas do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil e Pacto de *San Jose da Costa Rica*.

A respeito do Pacto, diz o autor que o fato de proteger a vida, desde a concepção, em geral, ressalva a possibilidade de quebra dessa diretriz, o que só poderá ocorrer em situações apontadas pelo legislador com respeito ao critério da proporcionalidade (com a menor ofensa possível ao direito em questão), especialmente legitimada (a relativização), quando estiverem em jogo outros valores igualmente constitucionais, tais como o direito à saúde, o direito à vida e à dignidade da mulher e outros tantos. Em determinadas situações, poderão ensejar o afastamento da diretriz da proteção da vida desde a concepção.

Daniel Sarmiento (2007, p. 6) estuda o tema, em profundidade, em artigo publicado na coletânea “Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Destaca o autor que o entendimento que vem prevalecendo em decisões de Tribunais Constitucionais de várias partes do mundo é o de que, embora se reconheça proteção à vida do nascituro, esta não é protegida com a mesma intensidade com que se tutela o direito das pessoas já nascidas.

Maria Garcia, a partir do Direito Constitucional, tem se debruçado sobre o tema desde 1998 em artigos publicados em revistas científicas. Defende a autora que a vida se inicia com a concepção e o direito à vida, previsto na Constituição, está protegido desde seu início. Posiciona-se fortemente contra o aborto, mas, em regra geral, a favor de sua descriminalização, por entender que a mulher que aborta já sofre uma pena em seu próprio corpo no seu próprio corpo e necessita, efetivamente, de informação e proteção para não reincidir e decidir sobre o seu próprio caminho sem entraves e temores.

Há três formas de assassinato legal, as três igualmente execráveis: a pena de morte, a guerra e o aborto.

[...]

Sem dúvida que, no momento em que o óvulo é fecundado existe vida humana, isto é, há possibilidade de existir um ser humano. Se existe vida e pessoa - em potencial - deve ser protegida, contra tudo e contra todos, inclusive a mãe - ou melhor, no caso, a sua portadora. (GARCIA, 1998, p. 1-2).

[...]

Em conclusão, nos posicionamos contrariamente à legalização do aborto:

- (1) no momento em que houve fecundação, existe vida, isto é, existe a possibilidade do ser humano: homem *in spem*;
 - (2) é fase indispensável para as fases seguintes, isto é, não haverá ser humano completo, apto a vir à luz, se não houver uma fase inicial de fecundação. Logo, não importa a especificação do momento em que existe vida humana;
 - (3) existindo vida, está protegida pela Constituição (art. 5.º, caput, da CF/1988 contra tudo e contra todos, inclusive sua portadora;
- A proposta, entretanto, é de descriminalização do aborto. A mulher que aborta cumpre uma pena contra si mesma, no seu próprio corpo e necessita, efetivamente, de informação e proteção para não reincidir e decidir sobre o seu próprio caminho sem entraves e temores. (GARCIA, 1998, p. 8-9).

Dez anos depois, em 2008, a autora retoma o tema, mantém o entendimento anterior, manifestando-se a favor da descriminalização e contra a legalização e indicando mecanismos de Justiça Restaurativa para o manejo da questão:

- Certos pressupostos têm de ser colocados:
- (1) a Constituição erigiu a vida em bem jurídico;
 - (2) juridicamente, a vida é um processo que se inicia com o óvulo fecundado e termina com a morte;
 - (3) a compartimentalização desse processo cabe às ciências naturais, para fins didáticos, medicinais e outros, consentâneos às suas finalidades.
- [...]
- A proposta, entretanto, é de descriminalização do aborto. A mulher que aborta agride seu próprio corpo e necessita, antes de tudo, de informação e de proteção.
- (1) A educação em todos os níveis (sexual, emocional, social, política) se demonstra como a única possibilidade efetiva de reverter o grave quadro que o assunto envolve, em nível de prevenção; planejamento familiar;
 - (2) legislação específica e juízo especial, mediante penalidade educacional; medidas de segurança e apoio: trabalho, proteção à mulher e à criança pelos órgãos sociais/estatais de atendimento ao que constitui o fundamento da sociedade, a maternidade, a família.
- A proposta orienta-se, portanto, para o aproveitamento desses pressupostos e medidas, nas infrações do direito à vida pelo aborto: vedado, porém não criminalizado, mediante lei específica, dirigida à condição feminina que, nessa condição, ficaria vinculada a um círculo restaurativo, de componentes interdisciplinares, durante tempo certo, seja como apoio e auxílio, em caráter preventivo ou, a posteriori, no mesmo sentido de atendimento às causas e não, apenas, aos efeitos dos atos praticados.
- Atender-se-ia, por essa forma, à prevenção do aborto: e ainda quando ocorrido, em muitos casos, pelas medidas de apoio e esclarecimento, à restauração das vidas de muitas mulheres, hoje apenas consideradas criminosas no que têm, igualmente, de vítimas - de muitos e diferenciados algozes, mas sobretudo, de si mesmas. (GARCIA, 2008b, p. 3 e 7).

Em texto publicado em 2008, a respeito dos embriões humanos e o princípio da dignidade humana, meses antes do texto sobre inviolabilidade do direito à vida e aborto, Garcia (2008a, p. 5) desenvolve a tese de que a vida humana se inicia na fecundação e, embora a Constituição não se refira ao início da vida ou quando deveria começar a ser protegida, estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo que a dignidade não

pode ser cindida ou destacada desse ser, devendo estar presente desde o início, desde o primeiro instante da vida humana:

Torna-se decisivo que o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, reconhecido e pronunciado pela Lei Fundamental, não seja restringido arbitrariamente, mas, pelo contrário, abranja os primeiros instantes da vida de todo homem, estendendo a proteção da dignidade a esta etapa do processo vital. Por ser o embrião humano também abrangido pela proteção de dignidade humana em sua fase de vida prematura e inicial, ele deve, pois, ser considerado e tratado como titular de dignidade humana e do direito à vida.

No mesmo sentido, em texto publicado em 2010, Maria Garcia afirma que a Constituição de 1988, ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida, não faz distinção sobre a natureza extrauterina ou intrauterina dessa vida. Não fazendo distinção, compreende todas as formas de manifestação dessa mesma vida. Essa garantia de inviolabilidade envolve, portanto, um direito à existência de todos os seres humanos já concebidos. Em seu mais recente artigo sobre o tema, Garcia (2018, p. 1) reafirma sua posição contrária à legalização do aborto, por entender que estaria vedada pela Constituição Federal de 1988, ao proteger a inviolabilidade do direito à vida:

Todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: “algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa”. E o art. 1º, III, da Constituição estabelece, como fundamento do Estado, “a dignidade da pessoa humana”. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, OEA, 1969, expressa em seu art. 1º, 2: “Para os efeitos dos dispositivos desta Convenção, ‘pessoa é todo ser humano’”.

De forma geral, foi visto até aqui que parte dos autores do Direito Constitucional brasileiro opta por afirmar – nem sempre de forma fundamentada – que a Constituição Federal de 1988 protege a inviolabilidade do direito à vida e essa proteção deve ser interpretada de forma a abranger a vida desde a concepção. Como se fosse uma decorrência lógica de que havendo vida em qualquer estágio do desenvolvimento humano deveria sempre ser protegida da mesma forma em todo o tempo. Quase como se fosse óbvio. De sorte que não há uma reflexão mais profunda ou problematização diante de um tema que não parece poder ser resolvido sem profunda reflexão e fundamentação. Tampouco se vislumbra, na argumentação oferecida por esses autores, qualquer confrontação do direito à vida das gestantes, da dignidade humana das mulheres em face do direito à vida do nascituro desde a concepção. Por que este deveria prevalecer e a mulher ser obrigada à maternidade em prejuízo de sua dignidade humana, liberdade, autonomia, saúde etc.? É uma problematização que não

costuma ser realizada com base em pressupostos racionais e de proporcionalidade em tema de restrição de direitos fundamentais.

Nesse cenário cabe destaque o pensamento de dois autores: Luigi Ferrajoli (2003) e Ronald Dworkin (2003) que vão a fundo no enfrentamento dos diversos dilemas envolvidos na proteção do direito à vida do nascituro e da proteção do direito à vida das mulheres.

Ferrajoli (2003, p. 9), de plano, já explora a questão que o Brasil está vivencia após a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 (ADPF 442), que busca descriminalizar o aborto praticado até as 12 (doze) semanas de gravidez, relativa ao princípio constitucional da separação de poderes e se a descriminalização do aborto deveria ser decidida na órbita do Poder Legislativo ou caberia também ao Poder Judiciário, ou mesmo se deveria haver intervenção do Direito:

Em que medida e em que condições se justifica a intervenção do direito na solução dos problemas levantados pelas questões bioéticas, nomeadamente, pelas ligadas às intervenções científicas sobre o corpo humano? E quais são as fontes de direito mais apropriadas a esse fim: as leis, sob a forma de regras gerais e abstractas, ou antes – como de facto está a acontecer, nos países da *civil law* e também nos de *common law* – a intervenção dos juízes através de decisões motivadas, caso a caso, com base nos princípios?

O autor considera o aborto como problema moral e se propõe a tratar da questão do embrião entre o Direito e a Moral. Ressalta que nessa relação pode ocorrer a posição da confusão, ou seja, a recíproca implicação entre questões jurídicas e questões morais. Dessa forma, a presumível imoralidade de determinada conduta é condição necessária e razão suficiente da sua proibição ou punição. Se um comportamento é imoral também deve ser proibido pelo direito. Se é um pecado também deve ser tratado como crime.

A outra posição é de oposição. Adotando-se essa tese, o Direito não é, nem deve ser um instrumento de reforço da moral, dada a existência de várias concepções morais na sociedade. Esse é o postulado do liberalismo, o pluralismo moral e cultural: “O direito tem o dever, diferente e mais limitado, de assegurar a paz e a convivência civil, impedindo os danos que as pessoas podem causar umas às outras, sem lhes impor sacrifícios inúteis ou insustentáveis”.

Concluindo seu pensamento a respeito da relação entre Direito e Moral, ressalta o autor:

É nesta assimetria e nesta sua recíproca autonomia que se baseiam tanto o direito moderno como a ética moderna: por um lado, a moral laica fundada, em oposição, à

heteronomia do direito, na autonomia da consciência individual, ou seja, na tese metaética da separação da moral do direito, em virtude da qual o juízo moral sobre um facto é independente da sua qualificação jurídica; por outro, a secularização do direito e a laicização do Estado baseadas na tese metajurídica da separação do direito da moral, em virtude da qual o direito positivo não somente é uma coisa diferente da moral, como nem sequer deve refletir uma determinada moral, proibindo um comportamento como crime só porque é considerado pecado.

Ronald Dworkin (2003, p. VIII), em aprofundado estudo sobre o direito à vida e o aborto, ressalta que as razões que movem muitos adversários da liberdade de escolha são demasiado profundas e viscerais para serem sensíveis a qualquer tipo de argumentação, mas teria a pretensão, através dos argumentos que levanta, de permitir que aqueles que prezam a liberdade possam chegar a uma solução coletiva para a controvérsia política e que tal solução possa ser aceita com dignidade para todas as diferentes facções. Acredita o autor ser possível um enfoque convincente da controvérsia moral que permita a alguns continuar a acreditar, com plena convicção, que o aborto é moralmente condenável, mas também acreditar, com igual fervor, que as mulheres grávidas devem ser livres para tomar uma decisão diferente, se suas próprias convicções assim o permitirem ou exigirem.

O autor (2003, p. 12) identifica duas grandes objeções ao aborto. Uma delas, que chama de derivativa, entende que a vida humana se inicia na concepção e o feto é uma pessoa a partir desse momento. Se é pessoa, ser humano, tem direitos e interesses próprios que derivam do reconhecimento dessa condição humana, inclusive o direito de não ser morto.

A segunda delas, que chama de independente, tem uma retórica bem diferente, pois argumenta com a sacralidade da vida, que a vida seria sagrada em si mesma, teria um valor intrínseco e inato em qualquer estágio ou forma da vida humana. O aborto seria moralmente errado não por ser condenável ou injusto com alguém, mas pelo fato de negar e profanar a santidade ou a inviolabilidade da vida humana. Ou seja, o feto tem interesses que devem ser protegidos por direitos, inclusive pelo direito à vida? Deve-se tratar a vida de um feto como sagrada, tenha ele ou não interesses?

Quanto à primeira objeção, sustenta que é muito difícil conferir qualquer sentido à ideia de que um feto tenha interesses próprios, sobretudo um interesse em não ser destruído, já a partir do momento de sua concepção. Entretanto a partir de um determinado estágio da gestação, por volta do sétimo mês após a concepção, seria possível a sensação de dor, que o feto teria interesse em evitar. Cita vários estudos de embriologia neste sentido (2003, p. 22) e que uma margem de segurança deveria se situar por volta da vigésima sexta semana de

gravidez e que esse período coincide com a atual definição de viabilidade, ou seja, isso iria ocorrer em um momento relativamente tardio da gestação²⁷.

Ferrajoli (2003, p. 10), a respeito do feto ser uma pessoa ou não e suas implicações para o aborto, destaca

O argumento principal das posições antiabortistas é, de facto, que o aborto é um homicídio, sendo o feto uma pessoa. Ora esta tese, como aliás a sua negação, só aparentemente é uma asserção. Habitualmente ela é sufragada pela observação, cada vez mais precisa e documentada, da vitalidade do embrião como forma de pessoa. Mas, a tese da vitalidade do embrião, empiricamente verdadeira, não equivale, nem permite deduzir a tese de que o embrião é uma pessoa. Podemos saber (e já sabemos) exactamente tudo sobre as características empíricas do embrião nas várias fases da gestação. Isto não impede que deduzir, por exemplo, a proibição do aborto da tese de que a vida precede o nascimento, é um *non sequitur*, ou seja uma conclusão ilegítima, porque corrompida por uma falácia naturalista. Uma dedução como esta pressupõe, de forma sub-reptícia, a tese moral da *qualidade de “pessoa”* do feto: que não é uma asserção, mas uma prescrição: não um juízo de facto, mas um juízo de valor, como tal, nem verdadeiro nem falso, antes submetido à avaliação moral e à liberdade de consciência de cada um.

[...]

As teses que afirmam e as que negam que o embrião é uma pessoa não são nem verdadeiras nem falsas. O facto de a vida começar antes do nascimento, mesmo sendo sem dúvida verdadeiro, não é um argumento suficiente para estabelecer que o embrião ou o feto são pessoas, sendo *pessoa* um termo da linguagem *moral*.

[...]

Assim, na minha opinião, é justamente o princípio convencionalista e utilitarista da separação entre direito e moral que nos oferece a chave para a solução do problema. Para quem perflha tais princípios há uma única convenção que torna compatível a tutela do feto, e em geral, do embrião como pessoa potencial, e a tutela da mulher que, precisamente porque é pessoa, não pode ser, de acordo com a segunda máxima da moral kantiana, tratada como um meio para fins alheios: a convenção segundo a qual o embrião é merecedor de tutela *se e só quando* pensado e desejado pela mãe como pessoa.

[...]

Na minha opinião, reside na tese moral de que a decisão sobre a natureza de “pessoa” do embrião deve ser remetida para a autonomia moral da mulher, em virtude da natureza justamente *moral* e não simplesmente biológica das condições em presença das quais ele é “pessoa”. (grifo do autor).

Segundo o autor uma coisa é dizer que há vida em todo o processo que se inicia com a concepção e termina com o nascimento, mas a determinação de quem ou o que é pessoa não é algo resolvido no plano empírico, cientificamente comprovável. Uma questão de fato. Sendo irresolúvel no plano empírico, mas antes uma questão moral, que admite soluções diferentes e

²⁷ Sonia T. Felipe e Fabíola de Castro Cardoso (2010a e 2010b) trataram dessa questão, a partir da Bioética, em dois artigos nos quais discutem o estatuto moral de humanos em estado embrionário e fetal, abordando a posição conservadora e a posição liberal. As autoras se fundamentam no pensamento de quatro autores. A posição conservadora considera o aborto tão imoral quanto o assassinato de humanos adultos. A argumentação é baseada no princípio da potencialidade. Todo ser humano vivo é uma pessoa com potencial. Todos: adultos, embriões, fetos, recém-nascidos possuem 46 cromossomos. A posição liberal parte do ponto da definição de pessoa enquanto agentes morais capazes de se responsabilizarem por suas ações, de acordo com a moralidade secular. Para se tornar pessoa, é necessário desenvolver uma autoridade moral própria.

opináveis, ela não pode ser resolvida pelo direito, se se perfilhar o princípio laico e liberal da separação entre direito e moral, privilegiando uma determinada tese moral, a que considera o feto uma pessoa, impondo-a a todos e, por isso, obrigando também as mulheres que discordam a se sujeitarem a consequências dramáticas. Para quem defende a separação entre direito e moral, para compatibilizar a tutela do feto como pessoa potencial e a tutela da mulher, que é pessoa e como tal não pode ser tratada como um meio para fins alheios, a convenção segundo a qual o embrião é merecedor de tutela se e só é quando pensado e desejado pela mãe como pessoa.

Ao explicar a segunda objeção, Dworkin (2003, p. 115) coloca que a ideia de que cada vida humana individual é inviolável tem raízes em duas bases do sagrado, que se combinam e confluem: a criação natural e a criação humana. Assim, qualquer criatura humana, inclusive o embrião mais imaturo, é um triunfo da criação divina ou evolutiva que produz, como se fosse do nada, um ser complexo e racional, é igualmente um triunfo daquilo que comumente chamamos de “milagre” da reprodução humana, que faz com que cada novo ser humano seja, ao mesmo tempo, diferente dos seres humanos que o criaram e uma continuação deles.

Essa sacralidade da vida adviria desses investimentos, humano e divino ao mesmo tempo. Porém parece admissível uma proteção diferenciada, gradativa, conforme o investimento nessa vida em formação vai aumentando ao longo do tempo. Ofenderia mais a vida considerar o aborto nos estágios mais avançados da gravidez do que em seu início.

Do ponto de vista da dogmática constitucional brasileira, parece ser impossível em se afastar do que dispõe a própria Constituição Federal de 1988, quando estabelece que os direitos ali previstos não excluem outros decorrentes do regime, dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Há toda uma discussão da inserção e do relacionamento desses tratados de direitos humanos com a ordem interna brasileira. Mas o fato é que o Brasil é parte da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que, em seu artigo 4.1, dispõe que a vida deve ser protegida desde a concepção.

O que, no calor dos debates, com frequência, esquece-se é da cláusula “em geral”: a vida deve ser protegida desde a concepção, em geral. Logo, não seria verdadeiro que a descriminalização do aborto no Brasil estaria vedada pela referida Convenção Internacional, em decorrência de uma proteção do direito à vida desde a concepção, pois a cláusula “em geral” ali está justamente para permitir exceções à regra, para permitir que a proteção à vida desde a concepção, para que possa ser relativizada, ponderada, matizada. Entender de outra forma significaria até mesmo que países do Sistema Regional Interamericano que permitem o

aborto enfrentassem problemas, ao ratificar o Tratado que protegesse, de forma absoluta, a vida desde a concepção²⁸.

A própria interpretação que a Corte Interamericana realiza do referido artigo é outra, admitindo-se compatível, com o artigo da Convenção, legislação permissiva do aborto.

[...] a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do artigo 62 da Convenção Americana, [...] é o órgão jurisdicional com competência para realizar a última interpretação desse Pacto [...] e essa Corte, realizando a interpretação desse dispositivo convencional conforme o sentido corrente de seus termos e de acordo com a interpretação sistemática e histórica, evolutiva e mais favorável ao objeto e fim do tratado, no caso *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, proclamou que **“o direito à vida, protegido, em geral, desde a concepção busca proteger os direitos da mulher grávida”**, não os direitos do embrião e, conseqüentemente, não os direitos do feto. Além disso, também decidiu a Corte Interamericana, nessa mesma sentença, que **“o direito à vida desde a concepção não pode ser absoluto, mas, apenas, incremental e admite exceções”** e, ainda, que **“o direito à vida desde a concepção não pode ser usado para limitar outros direitos de maneira desproporcionada, nem pode gerar efeitos discriminatórios”**. É por isso que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com fundamento nessa jurisprudência, reconhecendo a necessidade de um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais da mulher e os interesses relativos à proteção de uma vida em potencial, afirmou que a descriminalização do aborto **“não viola o direito à vida, ainda que protegido pela Convenção Americana, em geral, desde a concepção, nos termos de seu artigo 4º”**. (TORRES, 2018, *on-line*, grifo do autor).²⁹

²⁸ Em janeiro de 1977, o presidente da *Catholics for Christian Political Action* ingressou com uma petição na Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estados Unidos da América e o estado de Massachusetts. A pessoa que tinha seus direitos violados foi chamada de “*Baby Boy*”, nome pelo qual ficou conhecido o caso. A gestante era uma adolescente de 17 anos. Alegava-se que a vítima (*Baby Boy*) tinha sido morta pelo processo de aborto realizado num hospital de Boston em violação ao direito à vida previsto na Declaração Americana de Direitos Humanos e o direito à vida desde a concepção, em geral, previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O médico que realizou o aborto foi condenado inicialmente por homicídio não premeditado e depois, em grau de recurso, teria sido absolvido pela Corte Suprema Judicial de Boston. Afirmou o peticionário que a própria decisão da Suprema Corte dos EUA (*Roe v. Wade*) em 1973, permitindo o aborto, violava a Declaração Americana de Direitos Humanos. Também se argumentou que o feto teria cerca de seis meses e que, portanto, de acordo com a decisão da Suprema Corte dos EUA, caberia ali uma “exceção protegível”, pois haveria viabilidade extrauterina. No informe da Comissão Interamericana, explica-se exaustivamente todas as tensões entre os Estados na elaboração da redação do “direito à vida” na Declaração Americana de Direitos Humanos e que, no documento inicial, que serviu de base para discussão, havia proteção da vida do nascituro, retirada consciente e deliberadamente, uma vez que há países da região que permitem o aborto em determinadas circunstâncias (proteção da saúde e vida da gestante, violação sexual, razões econômicas), queriam manter suas legislações internas, que passariam a violar o documento internacional se o direito à vida fosse protegido com aquela extensão. A mesma discussão e com as mesmas razões ocorreu por ocasião da elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos que adotou a proteção da vida desde a concepção, com a cláusula “em geral” para se permitir a convencionalidade das legislações permissivas do aborto nos seus mais variados graus. Ou seja, nunca se pretendeu com a Declaração Americana de Direitos Humanos, nem com a Convenção Americana de Direitos Humanos, proibir o aborto nos países da região ou mesmo assinalar que o direito à vida seria um direito absoluto. A decisão final no Caso *Baby Boy* foi que os EUA não haviam violado a Declaração Americana dos Direitos Humanos. Note-se que os EUA não ratificaram a Convenção Americana, portanto não se obrigaram quanto a este tratado que foi afastado pela CIDH. (OEA, 1981, tradução nossa).

²⁹ Sentença de 28 de novembro de 2012. Andrea Barreto (2017), em artigo que analisa o impacto do Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (que trata da proibição da fertilização *in vitro* na Costa Rica) sobre o direito ao aborto, ressalta a interpretação da Corte Interamericana a respeito do direito à vida previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pois se concluiu que a proteção ao não nascido (nascituro) é diferente da proteção ao nascido e que os direitos das mulheres devem ser levados em consideração na análise desta

Fica claro, não só pela forma como o artigo 4º, I, da Convenção foi redigido, mas também pela interpretação que lhe deu a Corte em caso concreto, que a inviolabilidade do direito à vida, previsto em nossa Constituição, que abrange proteção desde a concepção, não é absoluto e a cláusula “em geral” acrescida pela Convenção Americana de Direitos Humanos confirma a tese. Ou seja, referida proteção permite gradações, pois deve ser realizada “em geral” e tendo-se em vista a proteção dos direitos das mulheres relativos à questão do aborto³⁰.

Essa questão de ponderação do direito à vida desde a concepção e dos direitos humanos das mulheres, incluído seu direito à vida, liberdade, autonomia, saúde, saúde reprodutiva, planejamento familiar, tem sido enfrentada desde a década de 1970, nos Estados Unidos e na Alemanha, pelos seus respectivos Tribunais Constitucionais. Por serem as decisões mais antigas sobre a matéria, são citadas e até mesmo influenciaram outros Tribunais Constitucionais sobre a descriminalização do aborto³¹.

O caso *Roe vs. Wade*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1973³², é, com certeza, o mais famoso. Até hoje há articulações políticas bastante contundentes de

proteção. E que a Corte se posicionou abertamente contra normas que proíbem de forma absoluta o aborto, pois não fazem o juízo de ponderação entre a proteção da vida gradual e incremental e os direitos da mulher grávida.

³⁰ Para uma leitura divergente consultar a obra *Inviolabilidade do direito à vida* organizada por Ives Gandra da Silva Martins e Paulo de Barros Carvalho (2013) em seus vários artigos. Aqui é mencionado especificamente o de Martins (2013, p. 13) que faz uma leitura da Convenção Americana de Direitos Humanos sem mencionar que a proteção do direito à vida desde a concepção é “em geral”, tampouco menciona que a expressão “em geral” foi deliberadamente colocada pelos países para permitir o aborto em suas legislações internas, ampouco menciona a interpretação da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana à respeito do direito à vida no sentido de não ser absoluto e da necessidade de sopesamento para proteção dos direitos da gestante. Tamb[em é mencionado aqui, por fim, na mesma obra, artigo de Fernandes (2013, p. 82-84) cita trechos bíblicos para fundamentar que o aborto sempre foi punido. Menciona ainda, o autor, que o aborto clandestino tem um nicho cativo de mulheres que não querem publicidade de sua gravidez, sob quaisquer justificativas, porquanto são casadas e grávidas de relações extramatrimoniais; são filhas de pessoas ricas, correndo o risco de abalar sua imagem perante a sociedade ou não querem enfrentar uma longa fila nos hospitais, entre outros. Basicamente os artigos do livro defendem um direito absoluto à vida desde a concepção e tratam a questão do aborto como “antecipação da morte” e as mulheres que abortam como assassinas.

³¹ Neste sentido o artigo de Reva B. Siegel (2016) que trata da influência da decisão estadunidense e alemã nos Tribunais Constitucionais do México, Irlanda, Espanha, Colômbia e Portugal.

³² Ver a respeito documentário “*Roe vs. Wade: direitos das mulheres nos Estados Unidos da América*” (2018) que retrata toda a luta política desde 1973, quando do julgamento de *Roe vs. Wade*, pela Suprema Corte, até os dias atuais, nos quais há uma forte polarização dos que se colocam a favor e contra o aborto nos EUA. No documentário, retrata-se intensa luta para restringir cada vez mais as possibilidades do aborto, dentro da margem permitida pela decisão da Suprema Corte, por meio das leis estaduais que regulam as possibilidades de aborto. Desde 2010 foram aprovadas mais de 300 restrições sobre o aborto. Até 1960 o aborto era ilegal nos EUA. No caso levado a Suprema Corte, a gestante do Estado do Texas queria abortar por razões financeiras. O documentário demonstra como o debate foi se tornando partidarizado, sendo que nem sempre ser *pro choice* era ser democrata. Vários republicanos, antes do intenso antagonismo, eram *pro choice* e depois, em função da pressão exercida por grupos cristãos principalmente, passaram a defender as posições *pro life*. Na década de 1980, o debate foi partidarizado com o intuito de obter votos dos eleitores cristãos. Em

grupos e movimentos para a revisão e superação desse precedente. Nesse caso, entendeu-se que o direito à privacidade envolveria o direito da mulher de decidir sobre a continuidade da sua gestação. Foi declarada a inconstitucionalidade de lei do Texas que criminalizava a prática do aborto exceto para salvar a vida da gestante. Também foi entendido que uma série de danos podem advir da obrigatoriedade de manutenção de uma gravidez indesejada, danos de natureza psicológica, relativos ainda à saúde física e mental, angústia, vida ou futuro infeliz. E o Estado poderia, para proteção da vida em potencial, em algum momento, regular fatores que governam a decisão sobre o aborto. Isso à medida que a gravidez avançasse.

Dessa forma, pela decisão, o aborto seria livre até o primeiro trimestre da gestação por escolha da gestante, aconselhada pelo seu médico. No segundo trimestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas os estados poderiam regulamentar o exercício para proteção da saúde da gestante e só a partir do terceiro trimestre, quando ocorre a viabilidade extrauterina, os estados poderiam proibir a realização do aborto para proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando o aborto se fizesse necessário para salvar a vida ou a saúde da gestante (SARMENTO, 2007, p. 8).

Na Alemanha, em 1974, foi editada lei descriminalizando o aborto praticado por médico, a pedido da gestante, nas 12 primeiras semanas de gestação. Em 1975, o Tribunal Constitucional Alemão, no que ficou conhecido como “caso do Aborto I”, afirmou que o feto já é um ser em desenvolvimento, dotado de dignidade e merecedor de proteção constitucional, que deveria se iniciar com a nidação do óvulo fecundado no útero. E o direito da mulher à privacidade nessa questão deveria ceder, numa ponderação, ao direito à vida do feto, a não ser para salvar a vida da gestante, ou sua saúde, má-formação fetal, situação social dramática da família e gravidez resultante de violência sexual. Foi assim julgada inconstitucional a lei permissiva (SARMENTO, 2007, p. 13).

1992 o caso *Planned Parenthood vs. Casey* reformulou *Roe vs. Wade* para adotar o critério do “fardo indevido” (“*undue burden*”) e várias restrições foram validadas, como o tempo de espera entre buscar o serviço e realizar o aborto, consentimento informado dissuasório. Na era Clinton, a partir de 1992, o movimento antiaborto cunhou a expressão “aborto tardio” ou “aborto com nascimento parcial”, como estratégia de chocar a opinião pública para demonstrar que abortos estavam sendo realizados com os fetos totalmente formados e bastante próximos do nascimento, já que o caso *Roe vs. Wade* admite que o aborto possa ocorrer até mesmo no terceiro trimestre por razões de saúde ou para salvar a vida da gestante. O movimento a favor do aborto contra argumentou que 90% dos abortos eram realizados até o 1º trimestre, 9% até 20 semanas e cerca de 1% com 21 semanas ou mais. Com leis cada vez mais restritivas e criando cada vez mais condições para a realização do aborto e para o funcionamento das clínicas, muitas foram sendo fechadas e muitas mulheres têm que viajar quilômetros para serem atendidas. No documentário, cita-se o exemplo de localidade no Texas, em que a clínica mais próxima está a 350 km de distância.

Em 1993 o Tribunal Constitucional Alemão (caso Aborto II) apreciou a constitucionalidade de lei de 1992 que, após a reunificação das Alemanhas, adotou o modelo de solução de prazo de 12 semanas para realização do aborto, com aconselhamento prévio, mas sem estabelecer indicações, prevalecendo a vontade da gestante, para toda a Alemanha. A lei de 1992 tinha sido aprovada, porque na Alemanha Oriental o aborto era permitido no primeiro trimestre de gestação. O Tribunal decidiu que a lei era inconstitucional, porém permitiu o aborto com solução de prazo até 1995, desde que houvesse aconselhamento prévio da gestante, no sentido de preservar a vida em formação. Essa solução foi adotada pelo legislador em 1995 (SABADELL; DIMOULIS, 2008, p. 333).

É importante notar nesse percurso o esforço do Tribunal em conciliar e ponderar os direitos da mulher com alguma proteção do direito à vida do feto, porém explicitando que a referida proteção não necessariamente precisa ser feita pela opção criminalizadora:

O reconhecimento do direito à vida do feto não impõe necessariamente a punição do aborto. Quando a gestante decide realizar o aborto possui razões sérias para tanto e dificilmente será intimidada pela previsão de pena. Assim sendo, o direito penal não é imprescindível para proteger o feto. O Tribunal Constitucional considerou que o legislador infraconstitucional não possuía o dever de penalizar o aborto, podendo ele ponderar os interesses em questão e decidir se deveria ser feita (e em quais situações) uma tipificação penal da conduta para produzir efeitos de prevenção geral negativa (intimidação através da ameaça de pena). (SABADELL; DIMOULIS, 2008, p. 334).

Por fim, cabe falar a respeito do julgamento da ADI 3.510, em maio de 2008, pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se questionava a Lei de Biossegurança (11.105/2005) que autorizava a pesquisa, para fins terapêuticos, com células-tronco embrionárias congeladas e descartadas de clínicas de reprodução assistida. Na ação, defendia-se que a vida humana começa a partir da fecundação, portanto a lei questionada ofendia a inviolabilidade do direito à vida. Dessa forma, o embrião humano, ainda que fora do útero, seria vida humana protegida pela Constituição Federal de 1988 e protegido pela dignidade da pessoa humana. O STF entendeu que a Constituição Federal não estabelece quando se inicia a vida, tampouco faz de cada estágio da vida humana um bem jurídico autônomo. Protege-se como pessoa, do ponto de vista constitucional, aquela já nascida. Não existe pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana e conclui que há possibilidades de se proteger, de modo variado, cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano pelo direito infraconstitucional. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere à Constituição. Nesse julgamento, consignou-se que embrião não é pessoa constitucionalmente protegida.

Essa possibilidade de proteção graduada e diferenciada da vida em desenvolvimento é a que mais oferece uma interpretação razoável e ponderada entre os direitos da gestante e a proteção da vida do embrião, como será explorado mais detidamente no próximo capítulo.

2.2.1 Proteção constitucional do direito à vida: cabe gradações ao longo do processo e proteção diferenciada ao longo do tempo de sua formação?

A mãe chamou a polícia. Sabia que a filha estava grávida e viu quando estava passando mal e foi ao banheiro. Não deixou que a filha puxasse a descarga. Ela já cuidava de um neto de cerca de 1 ano e meio que a filha teve com 15 anos. A filha tinha lhe dito que não queria a gravidez. Não deixou ela puxar a descarga e chamou a polícia porque ela estava cometendo um crime. A filha falou “graças a Deus” quando ocorreu o aborto. A mãe disse para ela: “um animal acolhe o seu filhote, não deixa ninguém chegar perto. Você faz isso com a criança?”.

Bia tomou substância química, não discriminada por ela, no inquérito policial. Comprou a substância química de terceiro que também não identificou. Em casa sentiu dores abdominais e teve uma forte hemorragia. A mãe a socorreu e a levou para Casa de Saúde Santa Marcelina onde recebeu tratamento médico, mas não foi possível obstar o aborto. A mãe que trouxe o feto, que encontrou no vaso sanitário do banheiro, do sexo masculino pesando 810 gramas. Bia em seu depoimento disse que já tinha 3 filhos. Teve um encontro amoroso com o ex-marido e engravidou. Ficou desesperada, encontrou uma “mãe de santo” no centro que indicou uma garrafada pela qual pagou 50 reais. Tomou por dois dias o líquido. No segundo dia teve fortes dores abdominais e foi encontrada pela mãe em sua cama com hemorragia sendo levada para o hospital. Seu ex-marido não tinha conhecimento da gravidez. Está arrependida.

A princípio, pode-se pensar que a solução para o aborto, em face do que prevê a Constituição Federal, no que diz respeito à inviolabilidade do direito à vida, seria muito simples, pois bastaria a concordância sobre o início da vida. Determinado o início da vida, se a CF/1988 prevê como direito constitucional fundamental a inviolabilidade do direito à vida, essa proteção começaria quando a vida se iniciasse. Se estiver correto que se inicia no chamado momento mesmo da “concepção”, toda a vida intrauterina estaria protegida pela Constituição³³.

³³ Muitos autores da área jurídica consideram que a resposta está nas ciências naturais – na biologia –, bastando ao Direito ratificar o que lá for encontrado. Sabadell e Dimoulis (2008, p. 338-339) argumentam que, apesar de muitos autores se referirem ao conceito biológico de vida, tais afirmações não possuem embasamento

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, nada disse a respeito do momento em que a vida estaria protegida ou seria inviolável. Como visto no capítulo anterior, boa parte dos autores pontua que a vida intrauterina estaria protegida pela Constituição ao proteger a vida, já que ela não faria distinção. Concordam se tratar de um processo e que a Constituição não faz distinção de proteção neste percurso. José Afonso da Silva afirma que o legislador infraconstitucional poderia fazê-lo, sendo papel do Direito Penal, e André Ramos Tavares acena com igual possibilidade, porém, sob o fundamento de que a redação da Convenção Interamericana assim o permite, ao proteger a vida desde a concepção, em geral.

Aqui cabe realizar análise histórica da proteção do direito à vida nas constituições em paralelo à proibição penal do aborto no Brasil, uma vez que o aborto foi criminalizado, desde o Código Criminal do Império³⁴, sem que houvesse previsão constitucional de proteção ou inviolabilidade da vida. A proteção constitucional da vida somente surge a partir da Constituição de 1946, em tese, não havia razão constitucional para a criminalização do aborto de 1824 a 1946. Dessa forma, não é possível afirmar que o aborto estava criminalizado no Brasil por força de norma constitucional que dirigisse o legislador infraconstitucional neste sentido.

Porém o que ocorre a partir de 1946 quando se consagra a inviolabilidade do direito à vida? Estava em vigor o Código Penal de 1940, vigente até hoje, que não teve como paradigma para a criminalização do aborto a inviolabilidade do direito à vida, pois na época vigia a Constituição Federal de 1937, a qual não trazia previsão neste sentido. Essa desconexão, no mínimo, desestabiliza o frequente argumento de que o aborto é criminalizado, porque há a proteção constitucional do direito à vida de forma inviolável.

biológico. A biologia descreve as características e as funções de determinadas células em determinadas situações. Decidir se essas funções e características correspondem ao conceito de vida protegida não depende dessa ciência. Vida possui também um espermatozoide que pode levar ao nascimento de um ser humano se se verificar determinada sequência de acontecimentos. Exatamente o mesmo vale para o óvulo fecundado em qualquer um de seus estágios de desenvolvimento. A decisão de tutelar como vida células a partir de determinada etapa de seu desenvolvimento só pode depender de uma avaliação jurídica. De todas as formas, é importante lembrar que inexistente atividade cerebral nas primeiras semanas de gestação. Isso cria uma contradição entre o critério (infralegal) da concepção ou da nidação, atualmente usados no Brasil, e o critério que adota o legislador para a determinar o fim da vida, que é a atividade cerebral. A lei 9.434 de 04/02/1997 que regulamenta a retirada de órgãos *post mortem* fixa como critério temporal a morte encefálica que deve ser constada de acordo com procedimentos definidos pelo Conselho Federal de Medicina. Ora, se o legislador considerou que inexistente vida humana sem atividade cerebral, autorizando a retirada de órgãos de um corpo que ainda possui funções vitais, como afirmar que uma forma de vida biologicamente equivalente é tutelada dentro do útero?

³⁴ O Código Penal de 1830 sequer considerou o aborto provocado em si mesma (autoaborto) como crime, mas apenas criminalizou a pessoa que praticava o aborto na gestante.

A análise isolada do artigo constitucional que protege a vida pode conduzir à tese de que o Código Penal vigente estaria recepcionado pela Constituição Federal de 1946, que se seguiu a ele, e pela posterior Constituição Federal de 1988, ainda que com a redação da Convenção Americana de Direitos Humanos, só limitaria ainda mais a possibilidade da criminalização, seguindo-se essa linha de argumentação.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais de forma tão abrangente e detalhada, no sentido de garantir a igualdade entre mulheres e homens, o direito à saúde e o direito ao planejamento familiar, passa a possibilitar novas interpretações, a pôr em xeque a criminalização do aborto no Brasil, ou seja, usando ainda a teoria constitucional passa a ser plenamente possível argumentar no sentido da não recepção da criminalização do aborto pela Constituição Federal de 1988.

Quadro 1 – Evolução normativa da criminalização do aborto no Brasil

VIGÊNCIA	DOCUMENTO JURÍDICO	DISPOSITIVO NORMATIVO
1824 – 1891	CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1824	Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros. Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
1831 – 1890	CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO (Lei de 16 de dezembro de 1830)	Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos. Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada. Penas - dobradas. [...] Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique. Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos. Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes. Penas - dobradas.

(continuação)

VIGÊNCIA	DOCUMENTO JURÍDICO	DISPOSITIVO NORMATIVO
1890 - 1940	CÓDIGO PENAL (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890)	Do Abôrto Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: - pena de prisão cellualar por dous a seis annos. No segundo caso: - pena de prisão cellualar por seis mezes a um anno. § 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher: Pena - de prisão cellualar de seis a vinte e quatro annos. § 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina: Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação. Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante: Pena - de prissão cellualar por um a cinco annos. Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria. Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena - de prisão cellualar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisção por igual tempo ao da condemnação.
1891 - 1934	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891	Declaração de Direitos Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes
1937 - 1946	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937	Dos Direitos e Garantias Individuaes Art 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no paiz o direito á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:
1940 - vigente	CÓDIGO PENAL (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)	DOS CRIMES CONTRA A PESSOA CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A VIDA Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos

(conclusão)

VIGÊNCIA	DOCUMENTO JURÍDICO	DISPOSITIVO NORMATIVO
1946 - 1967	CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946	Dos Direitos e das Garantias individuais Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país <u>a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida</u> , à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
1967 - 1969	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967	DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS Dos Direitos e Garantias Individuais Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a <u>inviolabilidade dos direitos concernentes à vida</u> , à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
1969 - 1988	EMENDA CONSTITUCIONAL N. 01, DE 1969	DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS Dos Direitos e Garantias Individuais Art 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a <u>inviolabilidade dos direitos concernentes à vida</u> , à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
1969 – vigente	CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS	Artigo 4. Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
1988 - vigente	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CAPÍTULO I Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País <u>a inviolabilidade do direito à vida</u> , à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Fonte: Elaborado pela autora.

Porém a questão não se resolve tão facilmente, já que a Constituição não se dispôs a dizer expressamente quando a vida se inicia, tampouco há consenso científico a respeito. Supondo que houvesse uma unanimidade científica quanto ao início da vida, estaria vedada pela redação atual da Constituição graduar-se essa proteção ao longo do desenvolvimento da vida para aquela ou aquele que ainda não nasceu? Ou seja, é apenas uma questão científica, biológica que deve determinar o tratamento jurídico que se lhe dá? Estabelecido o início da

vida para um momento específico qualquer, a Constituição estaria obrigada a dar a mesma proteção desde aquele momento que se dá ao ser humano nascido?

Não é que se tem por consenso social, a começar pelo Código Penal, que estabelece pena mais grave para o homicídio do ser humano já nascido, operando uma diminuição para o homicídio praticado logo após o parto (infanticídio) e uma pena menor ainda para o aborto, praticado antes do nascimento. Há, portanto, uma gradação de penas que varia conforme o estágio de vida: embrião/feto, criança, adulto. Aceita-se graduar em importância os diferentes estágios da vida humana.

Quanto ao término da vida não é muito diferente. Dias (2012, p. 138) explica que o término desse processo tem se alterado ao longo da história. Na Antiguidade, o momento final da morte era o da parada da atividade cardíaca. A partir da Idade Média, o fim da vida levava em conta o critério respiratório. No século XX, com o advento das manobras de reanimação cardiopulmonar, ventilação artificial, terapia intensiva, transplante de órgãos etc., o novo referencial é a constatação da morte encefálica que, ao ser diagnosticada, autoriza a retirada, *post mortem*, de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento nos termos da Lei n. 9.434/97.

Percebe-se que a solução é antes de mais nada jurídica e de escolha política. Não que os critérios científicos não tornem cada vez mais conhecidos cada um dos estágios da vida e da morte e possam ser úteis ao legislador, ao juiz ou ao administrador, mas a escolha do que, quanto e como proteger cada um deles é da sociedade como um todo por meio do Direito democraticamente posto.

São encontradas interpretações judiciais, conforme decisões em *habeas corpus*, cujos trechos seguem abaixo transcritos, que resolvem a questão da forma mais singela, como afirmado no início:

“Habeas corpus”. Paciente que responde a processo no qual lhe é imputada a prática do crime de aborto (artigo 124, do Código Penal). Pretensão ao trancamento da ação penal. 1. O crime de aborto tutela o bem jurídico vida. É a vida intrauterina (do nascituro), que está inserida no direito fundamental à vida a que alude a Constituição Federal (artigo 5º, “caput”). Trata-se de um bem jurídico que merece a tutela penal, no sentido de legitimar o Estado - através do devido processo legislativo a estabelecer a figura penal do aborto. (*Habeas Corpus* nº 2188903-92.2017.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, Rel. Des. Laerte Marrone, j. 23/11/2017). (SÃO PAULO, 2017a, *on-line*).

Por proêmio, não se acolhe a arguição de inconstitucionalidade do artigo 124 do Código Penal. Com efeito, com a previsão desse crime tutela-se o bem jurídico referente à vida (do feto ou embrião), ao menos em princípio, direito fundamental

assegurado pela Constituição da República (artigo 5º, caput). (*Habeas Corpus* nº 2188893-48.2017.8.26.0000, da Comarca de Apiaí, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 07/12/2017). (SÃO PAULO, 2017b, *on-line*).

2. Constitucionalidade. Pese embora inúmeros países democráticos e desenvolvidos como Estados Unidos da América, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália tenham entendido como inconstitucional a criminalização da interrupção da gestação durante o primeiro trimestre, continuo a me posicionar no sentido da constitucionalidade do crime previsto no art. 124, do Código Penal, haja vista que reconheço, sem qualquer compromisso com o erro, a sacralidade e a inviolabilidade do direito à vida, intangível por natureza e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, tendo em vista que, nas lições do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana é 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 em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, somente pode ser limitada em casos excepcionais, tal como ocorre no caso de aborto praticado pela própria gestante (prevalece, no cotejo entre os princípios constitucionais, o direito à vida do nascituro).

Portanto, no caso em tela, parece-me que o **direito à vida**, intra ou extrauterina, tal como ocorre com o nascituro, **deve prevalecer** quando sopesado com qualquer outro direito fundamental da gestante (“direito sexual”, “direito reprodutivo”, “direito à autonomia da mulher” ou “direito à integridade física e psíquica da gestante”), sob pena, inclusive, do surgimento de práticas legalizadas de eugenia e de eutanásia. Em nenhuma hipótese haverá de prevalecer o entendimento de que o aborto seria um “direito reprodutivo fundamental”, sob pena de completo esvaziamento do espectro jurídico do direito à vida!

O que me parece, no duro, é que não se poderia, **por meio de controle difuso de constitucionalidade**, reconhecer que até o terceiro mês de gestação seria possível a realização do aborto pela própria gestante, pois interpretar dessa maneira seria afirmar, ao menos para uma corrente mais extremista, que até o terceiro mês de gestação não haveria “vida” propriamente dita (afinal, se a morte se dá por meio da morte cerebral, “contrario sensu” a vida surge com o sistema nervoso central, que ocorre a partir da 8ª semana e se completa na 20ª semana). (*Habeas Corpus* nº 2188894-33.2017.8.26.0000, da Comarca de Hortolândia, rel. Des. Airton Vieira, j. 24/10/2017). (SÃO PAULO, 2017c, *on-line*, grifo do autor).

Não se pode olvidar que o delito de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento é fato típico, estando em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio, que tem por escopo a tutela do direito fundamental à vida, no qual se inclui a vida intrauterina, insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal, e previsto no capítulo relativo aos crimes contra a vida no Código Penal. Portanto, considerando que a norma guerreada não foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e se encontra em validade por faculdade do Poder Legislativo, a sua conformidade com os princípios constitucionais é presumida. (SÃO PAULO, 2018a, *on-line*).

Por outro lado, é cediço que a Magna Carta proclama, como garantia fundamental e inviolável, o direito a vida, compreendida em tal proteção a intrauterina (CF, art. 5º), razão pela qual não comporta acolhimento a alegação de que norma penal incriminadora do artigo 124 do Código Penal não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Aliás, considerando que o bem jurídico tutelado no crime de aborto é a vida em formação (intrauterina), jamais poderia a paciente dispor livremente sobre a vida do nascituro, em que pese as suas prerrogativas constitucionais citadas na petição inicial.

Ademais, vale lembrar que, em algumas situações o Judiciário se depara com a necessidade de ponderar entre bens jurídicos tutelados pelo sistema, mas, no caso em apreço, se apresenta em primeiro lugar a proteção da vida em formação (intrauterina) sobre qualquer outro direito da paciente, salvo se em decorrência da gravidez ela estivesse com a própria vida em risco. (SÃO PAULO, 2017d, *on-line*).

Habeas Corpus – Aborto provocado pela gestante – Atipicidade por alegada não recepção do tipo penal do art. 124 do CP pela CF/88 – Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) que não se sobrepõe ao direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88). Não se concebe a alegação de atipicidade da prática de autoaborto, sob o fundamento de que o tipo previsto no art. 124 do CP não teria sido recepcionado pela atual ordem constitucional, que possuiria como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), do qual decorreriam a autodeterminação corporal como forma de exercício de autonomia individual de vontade da mulher e o seu poder de escolha acerca da maternidade, com direito potestativo ao aborto; a pretensão não se justifica igualmente sob o argumento de que a Constituição assegura aos cidadãos a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CF/88), o planejamento familiar e intervenção estatal mínima (art. 226, § 7º, da CF/88), e a laicidade do Estado brasileiro (art. 5º, VI, da CF/88). Referidos direitos da mulher, conquanto realmente previstos no texto constitucional, efetivamente não se sobrepõem ao direito fundamental à vida do feto, que possui igualmente amparo constitucional (art. 5º, *caput*, da CF/88). (SÃO PAULO, 2017e, *on-line*).

É interessante notar que, no acórdão referente ao primeiro trecho citado acima, defende-se, calcada na interpretação de vários penalistas, a redação vigente do Código Penal, como aquela compatível com a proteção constitucional da vida intrauterina:

E é a vida o bem jurídico tutelado pelo menos o mais importante - pelo legislador na tipificação do crime de aborto (nas suas várias modalidades). Tanto que o delito está inserido, no Código Penal, no capítulo dos crimes contra a vida. Mais precisamente, protege-se a vida do ser humano em formação (ANIBAL BRUNO, *Direito Penal, Parte Especial*, tomo IV, Forense, 1966, pág. 160; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Especial*, vol. I, Forense, 9ª edição, pág. 111; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, vol. 2, Saraiva, 6ª edição, pág. 128). Ou, em outras palavras, a vida do feto ou embrião (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Código Penal Comentado*, Forense, 15ª edição, pág. 732), a preservação da vida humana intrauterina (FERNANDO CAPEZ, *Curso de Direito Penal, Parte Especial*, vol. 2, Saraiva, 7ª edição, pág. 111). Bem por isso, andou bem o legislador ao classificar o aborto como crime contra a vida (NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, Forense, 4ª edição, pág. 285). No mesmo sentido o escólio de LUIZ REGIS PRADO, ao discorrer sobre o bem jurídico agasalhado pelo crime de aborto: “O direito à vida, constitucionalmente assegurado (art. 5º, *caput*, CF), é inviolável, e todos, sem distinção, são seus titulares. Logo, é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, abarca não somente a vida humana independente, mas também a vida humana dependente (intrauterina)” (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 2, Parte Especial, RT, 8ª edição, p. 84, grifei). (*Habeas Corpus* nº 2188903-92.2017.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, Rel. Des. Laerte Marrone, j. 23/11/2017). (SÃO PAULO, 2017a, *on-line*).

Ora, esquece-se por completo de que o Código Penal nessa parte é de 1940. A Constituição vigente à época (de 1937) não previa o direito constitucional à vida, tampouco as anteriores, previsão que só veio a constar na Constituição de 1946, ou seja, não estava

preocupado o legislador penal de 1940 em dar concretude e proteção a um direito constitucional à vida que sequer existia, tampouco da vida intrauterina:

As Constituições brasileiras e a inviolabilidade do direito à vida.

1824, art. 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.” Seguem-se os incs. I a XXXV, nenhum deles expresso sobre a inviolabilidade do direito à vida.

1891, art. 72: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros, residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:”

O art. 72 apresenta 31 parágrafos, nenhum alusivo à inviolabilidade do direito à vida.

1934, art. 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:” Seguem-se os dispositivos de números 1 a 38, omissos sobre a inviolabilidade do direito à vida, notando-se no caput, a novidade do termo subsistência, novamente referido no n.º 34, alusivo ao direito ao trabalho.

1937, art. 122: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:” O artigo contém dispositivo de números 1 a 17, nada referindo sobre o direito à vida.

Destacamos a expressão direito à vida, pela primeira vez expresso no Texto Constitucional, seguindo-se a Constituição de 1967, art. 150; Emenda Constitucional n. 1, de 1969, art. 153 e o atual art. 5.º, da CF/1988. (GARCIA, 1998, p. 2).

Utiliza-se do argumento da proteção do direito à vida desde a concepção, admitindo que as exceções hoje previstas no Código Penal estariam de acordo com a Constituição Federal de 1988 e com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, porém a fundamentação não é suficiente para embasar a negativa de descriminalização em maior número de hipóteses, como a que se propõe atualmente e se encontra em discussão na ADPF 442.

Ao tratar da proteção da vida humana por meio do direito penal, Roxin (2002, p. 2) considera inquestionável que o embrião é uma forma prévia, ainda muito pouco desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção do homem nascido. Diz que uma corrente fundamentalista relativamente grande, inclusive na Alemanha, nega esta posição, mas que não seria sustentável. Exemplifica que é impune na Alemanha o impedimento intencional de nidação, de modo que, antes da implantação no útero, o embrião carece de qualquer tutela. Mesmo depois da implantação o direito alemão autoriza o aborto em medida relativamente extensa. Quanto ao Brasil argumenta que “Face ao Código Penal brasileiro, que não toma posição expressa a respeito do momento inicial da proteção penal, é igualmente possível sustentar esse posicionamento, o que é mesmo feito por um setor aparentemente minoritário da doutrina”.

Roxin (2002, p. 3), partindo do pressuposto de que a vida de quem nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, compreende que também não é possível negar à vida em formação qualquer proteção e, por essa razão, a maioria dos ordenamentos jurídicos modernos caminha entre dois modelos de solução, que chama de “soluções de indicações” e “solução de prazo”. Segundo a solução de indicações, o aborto é, em princípio, punível. Ele é, contudo, justificado e impunível se praticado por médico, presentes determinadas indicações. Segundo a solução de prazo – em geral, três meses – interromper a gravidez a desejo da mãe, sem que se mencionem motivos.

Segundo o autor, a atual legislação da Alemanha representa uma mistura desses dois tipos e pode ser designada como um modelo de aconselhamento. Não se pune o aborto, nas primeiras doze semanas, feito por médico, a pedido da gestante, que tem que se submeter à orientação com no mínimo três dias de antecedência da data de realização da cirurgia. A lei determina que esse aconselhamento deve servir para a proteção da vida não nascida, no sentido de encorajar a gestante a prosseguir com a gravidez e lhe abrir perspectivas para uma vida com a criança. Isso porque a interrupção da gravidez nos três primeiros meses, após orientação, apesar de impune, continua sendo antijurídico segundo o Tribunal Constitucional Alemão. No caso de uma indicação médico-social o abortamento pode ocorrer até o final da gravidez.³⁵

Roxin (2002, p. 5) defende uma solução de indicações bastante generosa e a considera preferível, em teoria, porque deixa claro que o aborto pressupõe um caso de conflito e uma ponderação, na qual os interesses vitais da gestante prevalecem sobre os do embrião:

A proteção à vida em formação fica desconsiderada de modo bastante unilateral, se a interrupção da gravidez nos primeiros três meses permanecer impune, mesmo que ausente qualquer motivo razoável, que ela decorre do puro arbítrio ou comodidade, de modo que o aconselhamento pareça uma mera formalidade. A insistência do Tribunal Constitucional alemão no sentido da antijuridicidade de um tal aborto pode melhorar a proteção à vida do embrião no mundo dos conceitos jurídicos, mas não na realidade social.

Machado (2017, *on-line*), ao tratar das narrativas feministas no debate e embate do aborto, com a oposição fundamentalista na cena política brasileira, destaca a preeminência da ideia de “vida vivida” pelas mulheres, frente à concepção fundamentalista de “vida abstrata”, que nada mais faz que deslegitimar absolutamente os direitos das mulheres a interromper a

³⁵ Para uma visão mais detalhada de como a questão do aborto foi tratada na Alemanha, desde a década de 1970, numa perspectiva constitucional, de como as soluções e modelos foram variando, até com a reunificação das Alemanhas, consulte Sabadell e Dimoulis (2008, p. 332-335).

gravidez em qualquer situação. As formulações de “vida vivida”, de “gente em vida” e de “vida em sua concretude” fazem ressaltar justamente a possibilidade e necessidade de proteção gradual da vida, a fim de que não se ignore completamente a vida das mulheres, seres nascidos e titulares de direitos constitucionais, que podem conflitar com uma suposta necessidade de proteção absoluta da vida do embrião.

É uma situação que nitidamente carece de ponderação, de proporcionalidade:

Fortalecem a defesa do respeito à ética da justiça e do uso da “ponderação” por acesso a direitos em disputa que se opõem, mas que devem ser levados em conta relacionalmente: os direitos do conceito “à vida (abstrata)” e os direitos das mulheres advindos de sua “vida vivida”. A ponderação, ainda que nem sempre esteja formulada nesta terminologia jurídica, está desde há muito presente nas propostas feministas de legalização do aborto ao período das doze primeiras semanas de gravidez e à necessidade de apresentação de razões e riscos graves (à saúde, à vida e à violência sexual). (MACHADO, 2017, *on-line*).

Dessa forma, é plenamente possível a solução da questão da descriminalização do aborto protegendo-se a vida do embrião, porém não de forma absoluta e sem nenhuma ponderação com os demais direitos envolvidos nessa questão, inclusive o direito à vida da gestante que não deseja prosseguir com uma gravidez indesejada. São vários direitos, também de estatura constitucional, que devem ser levados em consideração.

O entendimento que vem prevalecendo nas decisões dos Tribunais Constitucionais de todo o mundo é o de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, embora não com a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas. E por razões de ordem biológica, social e moral, tem-se considerado também que o grau de proteção constitucional conferido à vida intra-uterina vai aumentando na medida em que se avança o período de gestação. Assim, sob o prisma jurídico, o caso parece envolver uma típica hipótese de ponderação de valores constitucionais, em que se deve buscar um ponto de equilíbrio, no qual o sacrifício a cada um dos bens jurídicos envolvidos seja o menor possível, e que atente tanto para as implicações éticas do problema a ser equacionado, como para os resultados pragmáticos das soluções alvitradas. (SARMENTO, 2007, p. 6).

Daniel Sarmento (2007, p. 29) sustenta, com propriedade, a tese de que a vida humana intrauterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade muito menor do que a vida de alguém já nascido. Mais ainda, que a vida não é protegida uniformemente ao longo da gestação, mas que comporta gradações ao longo de seu desenvolvimento. A tutela vai aumentando progressivamente à medida que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extrauterina.

Silvia Pimentel (2007, p. 161) bem pontua a respeito da maior valorização da vida do feto:

Hoje, a proibição moral e legal à interrupção da gravidez não desejada pela mulher não encontra motivos razoáveis ou racionais, de ordem pública, que a justifiquem, ao contrário, ela representa um verdadeiro tabu, pois não é racional nem razoável valorizar mais a vida do feto – vida humana em formação – do que a vida da mulher – ser humano pleno. Representa tácita sub-valorização da mulher.

De todo o exposto, defende-se o sopesamento da vida do feto/embrião com a vida da mulher, de modo que não ocorra anulação total de um pelo outro. A forma de realizar essa conjugação seria a proteção gradual, conforme se dá o desenvolvimento da gestação, permitindo-se o aborto nos estágios iniciais da gravidez e dificultando a sua ocorrência nos estágios finais. A Constituição consagra o direito à vida do feto e igualmente da mulher que, durante à gestação, pela sua condição de ser humano dotado de dignidade, desfruta de uma série de direitos constitucionais que também entram na valoração que deve ser realizada. Esses direitos constitucionais das mulheres também não podem ser ignorados. Trata-se de ser humano pleno.

Portanto aqui não se afirma um direito absoluto da mulher ao próprio corpo, pois reconhece-se a necessidade de proteção gradual do feto e maiores restrições à possibilidade de aborto, na medida em que a gestação avance, restando as possibilidades de realização do aborto para salvar a vida da gestante ou de grave risco à sua saúde nos últimos estágios da gestação; mas que direitos constitucionais são esses que estão a exigir ponderação e relativizam por um determinado período da gestação o direito à vida do feto? É o que se verá nas próximas seções.

2.3 Direitos constitucionais imbricados que fundamentam o dever de descriminalização no Brasil

Lígia já tinha 4 filhos. Teve um novo encontro amoroso e engravidou. Como não queria ter mais um filho comprou de uma terceira pessoa não identificada o medicamento citotec. Ingeriu um comprimido e sentiu fortes dores no abdômen. Foi socorrida no hospital Tatuapé. O feto foi expelido no hospital e caiu no chão da altura de 1 metro. Foi socorrido, mas veio a óbito. A polícia foi chamada no hospital. Em depoimento o pai e a mãe disseram que o bebe caiu de cabeça no chão, quando a filha foi subir na maca do hospital. Bia disse, ainda, em seu depoimento à polícia, que esperava mais de 2 anos pela cirurgia de laqueadura. Estava grávida de 25 semanas. Em juízo, Bia negou ter tomado qualquer tipo de medicamento e que teve eclampsia em outras gestações. Que as enfermeiras e o médico a obrigaram a dizer que havia tomado o remédio, mas ela negou. Disse que jamais faria isso que

sabia que é crime. Já teve mais 1 filho após os fatos, já que a audiência demorou 3 anos. Foi impronunciada por falta de provas.

É de fundamental importância trazer ao debate alguns direitos constitucionais fundamentais que, na discussão do aborto e da proteção do direito à vida, têm sido colocados e imbricados de formas diversas ora como extensão e aprofundamento do direito constitucional à vida, no sentido de vida digna (dignidade da pessoa humana) e no sentido de se extrapolar o sentido apenas biológico e de proteção de integridade física da vida para, a partir da esfera de direitos sociais, pensar-se em vida com saúde, com bem-estar físico e psíquico etc.; ora como direitos constitucionais fundamentais das gestantes que estariam em colisão ou conflito com o direito à vida do embrião/feto.

Defende-se aqui que considerar um direito à vida absoluto do feto em detrimento do direito à vida da mulher e dos demais direitos constitucionais fundamentais, como dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, diferença, privacidade e intimidade, não é razoável e proporcional, tampouco uma criminalização com base no direito à vida em caráter absoluto do feto tem promovido a proteção que se pretende.

Necessário examinar esses direitos fundamentais que estão imbricados na discussão do aborto e na necessária relativização do direito à vida do feto, como se verá adiante.

2.3.1 Dignidade da pessoa humana, direito à liberdade, à autodeterminação, à diferença, à privacidade e à intimidade

Policial recebeu pelo Copom a notícia que havia sido encontrado um feto dentro de um saco de lixo pela enfermeira Andreia, que tentou socorrer a criança, porém já estava morta. Sandra era faxineira no hospital e conta que foi ao banheiro com vontade de urinar e a criança saiu. Limpou o local e colocou a criança no saco lixo. Foi levada escoltada a outro hospital para curetagem.

Sueli, em seu depoimento na delegacia, afirmou que iria procurar uma clínica de aborto, que não tinha condições de pagar e que tomou citotec. Não teve ajuda de ninguém para efetuar o aborto. Tem dois filhos e já teve um aborto espontâneo. Teve o aborto na residência, levou o feto para lixeira do prédio. Na volta desmaiou e só acordou no hospital. A amiga e um vizinho a socorreram. Eles não sabiam de nada.

O princípio da dignidade humana passou a ter assento constitucional na Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental. De forma que se pretendeu não somente proteger a vida, mas a vida com dignidade. A dignidade da pessoa humana é essencial para o enfrentamento adequado de questões limítrofes, como a que envolve o aborto, como bem assinala Ingo Sarlet (2007, p. 212). Coloca o autor que a dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal, princípio irrenunciável da própria condição humana. É, como assinala Luís Roberto Barroso (2014, p. 9), um dos maiores exemplos de consenso ético do mundo ocidental, sendo mencionado em documentos internacionais, tratados, constituições, legislações, decisões judiciais.

Às vezes, de forma até inadequada, para fundamentar o que não se conseguiria embasar de outra forma, por uma precariedade mesmo de argumentos e teorias a justificar um certo voluntarismo no decidir num sentido ou noutro. Mas, com certeza, não é o que ocorre com a discussão do aborto que está diretamente relacionada com o direito à vida e à vida digna, bem como vários direitos constitucionais fundamentais. Por isso, concorda-se com Barroso (2014, p. 11) quando afirma que a dignidade humana é um conceito valioso, com importância crescente na interpretação constitucional e que pode desempenhar um papel central na fundamentação de questões moralmente complexas. Define seu conteúdo mínimo como composto de três elementos: valor intrínseco de cada ser humano, autonomia individual e o valor comunitário.

Nesta tese, é ampliada essa perspectiva por demais liberal, para outra de cunho social e condizente com o Estado Social Democrático delineado na Constituição Federal de 1988, pois a dignidade humana, de uma perspectiva social implica realização de direitos sociais, como saúde, alimentação, trabalho, moradia, educação, lazer, cultura e tantos outros. Para garantir-se a dignidade humana das mulheres, há que se garantir sua saúde, em especial, sua saúde reprodutiva, a liberdade de exercício do planejamento familiar, que envolve obrigações positivas por parte do Estado.

No âmbito desta tese, tratar-se-á da dignidade da pessoa humana relacionada à discussão do aborto, como um dos elementos fundamentais que deve ser levado em consideração para a resolução do aborto no sentido de sua descriminalização³⁶. Para tanto, de

³⁶ Para um estudo mais aprofundado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, veja a obra “Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia” de Daniel Sarmiento (2016). Também cabe destaque o longo artigo “Vida digna: direito, ética e ciência” de Cármen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 22 e 26) que não toma posição na questão do aborto, embora defenda a humanidade do embrião e problematiza se seria pessoa ou não do ponto de vista constitucional: “O embrião é ser. Não se está embrião.

grande valia é o estudo de Barroso (2014, p.100), que aplica a dignidade da pessoa humana para estruturação do raciocínio jurídico no aborto, caso classificado como um dos difíceis. A partir dos elementos que compõe a dignidade da pessoa humana, em sua opinião, o autor faz o exercício de aplicar cada um deles à discussão do aborto. Dessa forma, no que diz respeito ao “valor intrínseco” destaca que envolve conflitos entre direitos fundamentais, pois de um lado a posição antiaborto, que defende que a vida começa na fecundação, diz que o aborto consiste numa violação ao direito à vida do feto. Por outro lado, levar adiante uma gravidez indesejada implica, muitas vezes, para a mulher, danos em sua integridade física e psíquica e na impossibilidade de controle de seu próprio corpo, além de violação da igualdade, pois somente as mulheres carregam o ônus integral da gravidez e o direito ao aborto as colocaria numa posição de igualdade perante os homens. Portanto, no que diz respeito à dignidade humana como valor intrínseco, haveria um direito fundamental favorecendo a posição antiaborto (direito à vida) contraposto por dois direitos fundamentais favorecendo a escolha da mulher: integridade física e psíquica e a igualdade.

No que diz respeito ao elemento da “autonomia”, diz Barroso que é importante refletir sobre o papel da autodeterminação no contexto do aborto. É a possibilidade de decidir por si mesma e os indivíduos devem ser livres para tomarem decisões e fazerem escolhas pessoais básicas a respeito de suas próprias vidas. Envolve a privacidade (tal como decidido em *Roe vs. Wade*) que envolve o princípio que exige tolerância pública para uma escolha autônoma e autorreferencial. Aqui se fosse reconhecido um direito de autonomia do feto (ainda que ele não tenha nenhum grau de consciência) e se sua vontade fosse prevalecer, anularia totalmente a autonomia da mãe, ser já formado e que seria instrumentalizada pela “vontade” de outro. Ou seja, se a mulher fosse forçada a manter o feto, ela se transformaria em um meio para satisfação de outra vontade e não seria tratada como um fim em si mesma.

Finalmente no que diz respeito ao valor comunitário, seria necessário determinar se a autonomia pode ser restringida em nome de valores compartilhados ou de interesses estatais impostos por normas jurídicas. Diz o autor que o aborto representa um ponto de grande

Ele é. Nem se poderia, como é inegável, por em questão a sua humanidade. O que se põe em debate é a sua personalidade, vale dizer, a condição de pessoa reconhecida nesta condição pelo direito. [...] O direito à existência digna amplia também a consideração constitucional do sentido do ser, porque existe um ser desde a concepção. É bem certo que não se resolve apenas por isso a questão grave relativa ao aborto, porque há um encadeamento de existência dos seres – mãe e embrião – no momento da concepção e no período imediato que se lhe segue. E o que o direito precisa resolver – e cada sistema jurídico resolve a seu modo, segundo a ideia de Justiça que cada povo acolhe – é como essa tessitura de vidas que se entrelaçam, até mesmo fisicamente, devem ser vistas, cuidadas, garantidas e respeitadas em sua condição de plena dignidade quando as circunstâncias determinarem que uma esbarra ou tolhe a dignidade da outra”.

desacordo moral na sociedade contemporânea e, em circunstâncias como essa, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que os indivíduos façam escolhas autônomas, ainda que importantes e respeitáveis grupos religiosos sejam opositores, pois o Estado deve agir a partir de razões públicas. Relativamente à valores compartilhados pelo grupo social, é possível observar o grande dissenso nessa questão em relação a inúmeros países que permitem o aborto e outros tantos que o desaprovam mais amplamente.

Daniel Sarmiento (2016, p. 310) observa que, na interpretação e aplicação da dignidade da pessoa humana por autoridades estatais, deve-se respeitar o princípio da laicidade estatal e se orientar por razões públicas, vale dizer, por razões que sejam independentes de compreensões religiosas ou metafísicas particulares que possam ser aceitas pelas pessoas das mais diferentes crenças.

A criminalização do aborto pode significar uma lesão ao direito de liberdade estabelecido constitucionalmente. O direito da pessoa sobre si mesma, o direito à maternidade voluntária como autodeterminação da mulher sobre o próprio corpo, é um direito fundamental do ser humano:

O direito sobre si mesmo, sobre a própria pessoa e sobre o próprio futuro expresso pela clássica máxima de John Stuart Mill: “sobre si próprio, sobre a sua mente e sobre seu corpo, o indivíduo é soberano”.

Não se trata apenas do primeiro e mais importante dos direitos fundamentais. Trata-se também do primeiro e fundamental princípio da ética laica contemporânea: aquele já referido com base no qual nenhuma pessoa pode ser tratada como uma coisa, pelo que qualquer decisão heterônoma, justificada por interesses alheios aos da mulher, equivale a uma lesão do imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio quer mesmo de procriação – para fins a si alheios, mas apenas como *fim* de si mesma. Por isso falamos de autodeterminação da mulher a propósito da maternidade. Por isso, a decisão da maternidade reflecte um direito fundamental exclusivo das mulheres, porque, pelo menos sob esse aspecto, a diferença sexual justifica um direito desigual. O direito à maternidade voluntária, como autodeterminação da mulher sobre o seu próprio corpo, pertence-lhe em exclusivo, porque em matéria de gestação os homens não são iguais às mulheres, e só desvalorizando as mulheres como pessoas e reduzindo-as a instrumentos de procriação se pode limitar-lhes a soberania sobre o seu próprio corpo, submetendo-a ao controlo penal. Não se pode, portanto, configurar um “direito à paternidade voluntária” análogo e simétrico ao “direito à maternidade voluntária”: porque gestação e parto dizem respeito unicamente ao corpo das mulheres, e não ao dos homens. (FERRAJOLI, 2003, p. 13, grifo do autor).

Em sentido contrário, Garcia (1998, p. 9) defende que a proteção do direito à vida do feto justificaria alienar a mulher gestante de seu próprio corpo, equiparando-a figura jurídica do depositário fiel (sobre coisas, objetos de outros):

- (4) como depositária a mulher, enquanto durar essa condição, não é “dona” do próprio corpo, investido este em receptáculo de outro ser, o que somente cessará com o nascimento - e, com este, a liberação é retomada da plena propriedade do próprio corpo;
- (5) fiel depositária - na acepção civil, portanto responsável pela vida do ser então existente. (GARCIA, 1998, p. 9).

Ferrajoli (2003, p. 85) assinala que esta liberdade negativa é complementar a liberdade positiva do direito-poder de gerar, trazer pessoas ao mundo, que é um poder constituinte, de tipo pré ou metajurídico, já que é reflexo de uma potência natural inerente de maneira exclusiva a uma diferença feminina. Sendo não só um direito de liberdade, mas também um direito-pretensão ao qual deve corresponder obrigações públicas, concretamente exigíveis de assistência e cuidado, tanto no momento da maternidade como no momento do aborto. Dessa forma, não pode configurar-se “um direito à paternidade voluntária” pela simples razão de que a gestação e o parto não pertencem à identidade masculina, mas somente à feminina.

Amartya Sen (2000, p. 220), ao analisar a condição de agente das mulheres no tocante à mudança social, ressalta que os aspectos concernentes à condição de agente estão finalmente começando a receber alguma atenção, em contraste com a outrora exclusiva concentração nos aspectos de bem-estar. Não muito tempo atrás, as tarefas em que esses movimentos se empenhavam primordialmente envolviam o esforço para obter um tratamento melhor para as mulheres – um tratamento mais justo. A concentração era mais sobre o *bem estar* da mulher – um corretivo muitíssimo necessário. Mas os objetivos, partindo desse enfoque “welfarista”, aos poucos evoluíram e se ampliaram para incorporar – e enfatizar – o papel ativo da *condição de agente* das mulheres. Já não mais receptoras passivas de auxílio para melhorar seu bem-estar, as mulheres são vistas cada vez mais, tanto pelos homens como por elas próprias, como agentes ativos de mudança: promotoras dinâmicas de transformações sociais que podem alterar a vida das mulheres e dos homens.

O autor mostra que essa condição de agente das mulheres tem sensível impacto no exercício da fecundidade e das escolhas reprodutivas: “[...] há uma estreita relação entre o *bem-estar* feminino e a *condição de agente* das mulheres na produção de uma mudança no padrão de fecundidade. Assim, não surpreende que reduções nas taxas de natalidade tenham com frequência decorrido da melhora do *status* e do poder das mulheres.” (SEN, 2000, p. 230, grifo do autor).

Nesse contexto, os estudos sobre o aborto situam-se entre dois polos teóricos: por um lado, a autonomia reprodutiva da mulher, por outro lado, a necessidade (ou não) de proteção da vida humana (ou da expectativa de vida) durante o período da gestação, sabendo que a

tutela do embrião ou do feto em relação a um possível aborto consentido pela gestante se dá de maneira duplamente heterônoma: primeiro, porque o Estado assume a iniciativa de tutelar essa forma de vida e, segundo, porque essa decisão se impõe a gestante contra sua vontade. (SABADELL; DIMOULIS, 2008, p.).

Esse direito de liberdade, autonomia e autodeterminação deve se dar não de forma abstrata, como se as mulheres, enquanto indivíduos, não tivessem especificidades que o Direito tem que ser capaz de reconhecer. Essa liberdade deve ser reconhecida a partir de um sistema jurídico capaz de acolher as diferenças.

De maneira geral, as diferenças não vêm se configurando enquanto direito: um “direito à diferença”, mas são reconhecidas como pertencentes ao “mundo do ser”, à realidade concreta e visível, porque as diferenças podem e foram utilizadas para desigualar, discriminar e impedir que as pessoas tivessem o mesmo reconhecimento jurídico. Esse tema foi relegado e triunfou a busca da igualdade.

Num primeiro momento da história da construção dos direitos constitucionalizados e dos direitos constantes dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, as diferenças eram algo a ser suprimido para que todos tivessem igual dignidade e respeito, ou seja, era preciso que as diferenças existentes não fossem obstáculos à realização da igualdade enquanto norma jurídica ou mesmo princípio a ser seguido e alcançado. O ser humano tutelado e sujeito de direitos era universalizado e tornado “igual em direitos” a todos os demais³⁷.

Num momento posterior à primeira crítica da formulação da igualdade que redundou na concepção da igualdade material, principalmente o pensamento feminista e o movimento de mulheres, bem como outros movimentos de defesa de identidades, fazem uma nova crítica à igualdade para que a esta seja incorporada “as diferenças”, para que não sejam tornadas invisíveis para o alcance da igualdade, mas que sejam incorporadas e valorizadas, redefinindo mais uma vez a concepção de igualdade.

Ao analisar o tema da igualdade e diferença, Luigi Ferrajoli (1999, p. 73-76) assinala que há quatro modelos possíveis de configuração jurídica das diferenças:

³⁷ Luigi Ferrajoli (1999, p. 78), a esse respeito, aduz que o princípio da igualdade, tal como resulta proclamado na Declaração de Direitos de 1789 e depois em todas as cartas constitucionais, admite também, a despeito da representação simbólica de tipo masculino que está em seus antecedentes, uma interpretação completamente diversa: não como tese descritiva senão precisamente como princípio normativo; não como asserção senão como prescrição; não em termos de ser senão em termos de dever ser. A igualdade não é um fato senão um valor; não uma asserção senão uma prescrição estabelecida normativamente, precisamente, porque se reconhece, descritivamente, que de fato os seres humanos são diversos e se quer impedir que suas diversidades pesem como fatores de desigualdade.

- a) indiferença jurídica das diferenças: nesse modelo prevalece o caráter mínimo do Direito, um estado de natureza, de liberdade selvagem. Nesse caso, as diferenças não são valorizadas, não se tutelam, nem se reprimem, não se protegem, nem se violam. Simplesmente são ignoradas. Nesse modelo, o destino das diferenças aparece confiado às relações de força e a diferença de sexo se resolve na sujeição de fato da mulher ao poder do homem e o seu confinamento ao papel doméstico “natural” de mulher e mãe;
- b) diferenciação jurídica das diferenças: nesse modelo, há valorização de algumas identidades e desvalorização de outras. Há uma hierarquização de identidades. As identidades determinadas pelas diferenças valorizadas (de sexo, nascimento, etnia, fé, língua etc.) são assumidas como *status* privilegiado, fonte de direito e de poderes, enquanto outras se assumem como *status* discriminatório, fontes de exclusão e sujeição. Esse é o paradigma discriminatório dos ordenamentos hierarquizados de casta, de classe, próprios das fases mais arcaicas da experiência jurídica e dominantes no mundo jurídico pré-moderno. Porém também é o paradigma que persiste nas origens da modernidade, quando a igualdade e os consequentes direitos universais aparecem pensados e proclamados nas primeiras constituições liberais, unicamente para o homem branco, proprietário, chegando ao extremo de conviver até o século XX com a discriminação das mulheres em matéria de direitos políticos e civis. As diferenças, a começar pela sexual, nesse modelo, encontram-se pensadas e sancionadas como desigualdades, como privilégios e discriminações;
- c) homologação jurídica das diferenças: nesse modelo, há a abstrata afirmação da igualdade, homologação, neutralização e integração geral. A diferença feminina não sofre discriminação no plano jurídico, uma vez que se encontra desconhecida, ocultada, mascarada. É em alguns aspectos oposto e análogo com o modelo precedente; oposto, porque aponta não para a cristalização das diferenças em desigualdades, mas para a sua anulação; análogo pela comum desvalorização das diferenças e assunção de uma identidade como “normal” e ao mesmo tempo “normativa”;
- d) igual valoração jurídica das diferenças: este modelo é baseado no princípio normativo da igualdade, nos direitos fundamentais e num sistema de garantias, capaz de assegurar sua efetividade. Não abandona as diferenças ao livre jogo do

mais forte, mas as faz objeto dos direitos fundamentais, que é a lei dos mais frágeis. Ao invés de ser indiferente ou simplesmente tolerante com as diferenças como no primeiro modelo, garante a todos sua livre afirmação e desenvolvimento. Do segundo modelo se distingue, porque não privilegia nem discrimina nenhuma diferença, mas as assume dotadas do mesmo valor e do terceiro modelo se separa, na medida em que não desconhece as diferenças. A igualdade nos direitos fundamentais resulta configurada como o igual direito de todos a afirmação e tutela de sua própria identidade em virtude do igual valor associado a todas as diferenças que fazem de cada pessoa um indivíduo diverso de todos os outros e de cada indivíduo uma pessoa como todas as demais.

Entende-se que a criminalização do aborto estaria ancorada no modelo 2, em que há uma diferenciação jurídica das diferenças, pois a partir de uma diferença biológica (capacidade reprodutiva) se estabelece um fator de discriminação, supostamente neutro, para criminalizar as mulheres. Dessa forma essa diferença, no tocante à capacidade reprodutiva, estaria, neste modelo, pensada e sancionada como desigualdade, como discriminação.

O termo que se opõe à “diferença” não é “igualdade”, mas “desigualdade”. É preciso elaborar as garantias da diferença para que sirva, de fato, para garantir a igualdade, pois a igualdade é sempre uma utopia jurídica, que continuará sendo violada enquanto subsistam razões sociais, econômicas e culturais que sempre sustentam o domínio masculino (FERRAJOLI, 1999, p. 92).

Vásquez (2009, p. 60) pontua que a obrigação de garantir os direitos sem discriminação não pode ser uma garantia neutra, baseada num cidadão modelo. É preciso considerar a heterogeneidade de condições, sob pena de se realizar discriminação indireta. E afirma que é possível constatar nos últimos anos uma tendência de abandonar a neutralidade formal dos tipos penais para dar passo a tipificações que expressamente incluem a diferença sexual, o que tem sido chamado por certas autoras de sexualização da resposta punitiva.

O movimento feminista, na questão do aborto, busca evidenciar a diferença que deve ser reconhecida em relação à gestação e maternidade que recaem sobre um determinado corpo sexuado que é o da mulher. Pierucci (1999, p. 124 e seg.) descreve esse percurso:

As feministas falam muito – e têm muito a dizer – sobre a diferença. Não foi sempre assim. A (re) descoberta da diferença feminina pela “segunda onda” do feminismo veio para se tornar o traço mais marcante e característico daquele renascer do movimento feminista em fins dos 60, início dos 80. Linda Gordon lembra que as feministas da “primeira onda” não usavam a palavra *diferença* (Gordon, 1991),

empenhadas que estavam em transformar o sexismo, o discurso *misógino* convencional sobre a diferença entre os sexos, num discurso *andrógino* (cf. Elshtain, 1981; Badinter, 1986a; 1986b) e, dessa forma, conquistar para as mulheres oportunidades, postos e direitos iguais aos homens. A *igualdade* entre os sexos em termos legais, civis, políticos, sociais e até mesmo comportamentais foi, por décadas a fio, quase um século, a grande reivindicação do feminismo da “primeira onda”. As feministas eram todas imperturbavelmente igualitaristas. Hegemonia total do igualitarismo abolicionista da marginalização da mulher. Isso, até os entornos de 1968, o ano da grande rebelião cultural. A “segunda onda” representou para o feminismo um verdadeiro (re) nascimento teórico. Foi nessa travessia, quando acadêmicas feministas fundavam a “história das mulheres” que os círculos intelectuais aprenderam a falar em *diferença de gênero* (Oakley, 1972; Rubin, 1975; Scott, 1988b; Harding, 1993; Nicholson, 1994). “Sexo” passou a ser diferenciado de “gênero”, seguindo-se a partir daí um importante e frutífero esforço de fundamentação teórica da grande descoberta: *a distinção sexo/gênero*.

O feminismo da “segunda onda” é diferencialista. A “diferença” pensada primeiro através da *diferença de gênero*, passando primeiro por ela. Que outra diferença, afinal, poderia ser mais importante do ponto de vista das feministas naqueles idos não tão remotos, situados “em algum momento entre a metade e o final da década de 70” (Scott, 1992:64)? A avidez com que muitas intelectuais acolheram a demanda por explorar teórica e documentalmente a “diferença” na chave da “diferença de gênero” levaram à criação da figura de uma *womanhood* abstrata por oposição à velha humanidade pensada pelas “grandes narrativas” ocidentais enquanto *manhood* = humanidade-virilidade. Uma *womanhood* portanto contrastiva emergindo num imaginário feminista que na época andava empolgado por um incontido e sincero desejo de unidade com um confortável senso de parentesco, como (se fosse) uma *sisterhood*, uma “irmandade de mulheres”

Retomando sinteticamente a história da produção teórica feminista, eis a *sinopse do enredo*: (1) da igualdade acima das diferenças passa-se à diferença de gênero; (2) da diferença de gênero, que representa a diferença feminina no singular em relação ao mundo masculino também no singular, (3) chega-se a uma nova descoberta empírica, a das diferenças “entre as mulheres”, as diferenças “dentro”. (grifo do autor).

As diferenças de fato podem justificar também diferenças de direito? Ferrajoli (1999, p. 84) aponta que, no debate feminista, tem emergido principalmente três direitos relacionados somente às mulheres: a liberdade feminina, a inviolabilidade do corpo da mulher e a autodeterminação em tema de aborto. Para o autor, parece-lhe que os dois primeiros não são direitos só das mulheres. Entretanto reconhece que essas liberdades exigem formas específicas e diferenciadas de garantias ligadas à especificidade das violações a que estão expostas, sobretudo, as mulheres, mas que isso está mais ligado à dimensão da efetividade dos direitos e não à sua dimensão normativa.

Em relação ao terceiro direito: a autodeterminação em tema de aborto, Ferrajoli (1999) o reconhece como um direito relativo unicamente às mulheres, ou seja, o direito à autodeterminação em matéria de maternidade (consequentemente de aborto). Diz que se trata de um direito que é ao mesmo tempo fundamental e exclusivo das mulheres por múltiplas e fundadas razões: porque forma um todo com a liberdade pessoal, que não pode deixar de comportar a autodeterminação da mulher quanto a opção de se tornar mãe, e porque expressa

o que John Stuart Mill chamava de soberania de cada um sobre sua própria mente e o próprio corpo. Para esse direito, a diferença sexual deve traduzir-se em direito desigual ou se quiser “sexuado”.

Daí a importância do direito de liberdade, de autonomia e de autodeterminação dentro desse campo teórico das diferenças, do direito à diferença, na qual o Direito reconhece e valoriza igualmente as diferenças.

Em relação ao direito à privacidade e intimidade, também com assento constitucional, cabe lembrar que foi o direito base utilizado no julgamento do caso *Roe vs. Wade*, pela Suprema Corte dos EUA que julgou inconstitucional lei do estado do Texas que proibia a realização do aborto. Ali onde o aborto era proibido, exceto para salvar a vida da gestante, decidiu a Suprema Corte, em 1973, que a décima quarta emenda que tratava do direito à privacidade compreendia a decisão da mulher, em conjunto com seu médico, sobre a interrupção da gravidez. Decidindo também que o direito à privacidade não era absoluto e, em algum momento, predominaria os interesses do Estado de proteger a vida intrauterina (SIEGEL, 2016, p. 39). Essa proteção se liga à esfera de liberdade dos indivíduos, porque as pessoas são livres na medida em que ninguém ou nenhum grupo de indivíduos interfere nas suas atividades. A liberdade política, nesse sentido, é a área em que se pode agir sem sofrer limitações de terceiros (BERLIN, 1981, p.12).

O direito de privacidade permite supor que há uma esfera íntima protegida de qualquer interferência externa, em relação às escolhas morais dos indivíduos, que deve ser protegida num estado laico e plural. A descriminalização do aborto não o tornará obrigatório para ninguém e permitirá a escolha moral pela mulher que não desejar abortar, livre de interferências religiosas.

Partindo-se do início, quando se tratou da dignidade da pessoa humana, da qual se extrai o direito de liberdade, de autodeterminação, de igualdade e de diferença, somando-se ao direito de privacidade e intimidade, na possibilidade de realização de escolhas morais num Estado laico, defende-se a não criminalização do aborto e a maternidade voluntária.

Importantes direitos envolvidos ainda dizem respeito à saúde reprodutiva e ao planejamento familiar que serão estudados no próximo capítulo.

2.3.2 Direito à saúde reprodutiva e ao planejamento familiar

Carla, em seu depoimento na Delegacia, afirmou estar arrependida do que fez. Os pais não sabem que está sendo indiciada e nem que fez aborto, pois sua mãe é ministra de batismo na igreja católica e totalmente contra o aborto. Seu pai não aceita o aborto e também não permitiria tal prática. Foi atendida no hospital, que comunicou a polícia.

Encontro do feto próxima a Praça Pérola Byington em uma caixa de papelão sobre outra caixa. O Delegado oficiou todos os hospitais perto do local, para responderem se tinha atendido alguma ocorrência de mulheres de quadro abortivo. Foram colhidos os depoimentos delas. Ainda assim, não foi possível identificar a mãe do feto. Nos depoimentos as mulheres tiveram abortos por questões fisiológicas.

O direito à saúde passou a ter *status* constitucional a partir da Constituição Federal de 1998. Foi caracterizado como direito fundamental de mulheres e homens, constando do rol dos direitos sociais (art. 6º). Segundo Sueli Gandolfi Dallari (1995, p. 23):

[...] no Brasil a incorporação constitucional dos direitos sociais foi sobremaneira lenta. Nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988. A primeira República ignorou completamente qualquer direito social e evitou, igualmente, referir-se à saúde.

Somente a partir de 1946, foi reconhecido como parte integrante dos direitos humanos, passando a ser objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS) que o definiu como o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos.

Na Constituição Federal de 1988, por força de seu reconhecimento, como direito social fundamental, ele é referido em diversos outros momentos, espelhando a preocupação da sociedade com a sua proteção. A ordem social, ao tratar da saúde, consignou que

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.³⁸

³⁸ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do agravo no recurso extraordinário n. 255.627-1/RS, j. 21.11.00, Rel. Min. Nelson Jobim, ressaltou que a norma constante do art. 196 configura-se como de eficácia imediata (BRASIL, 2000, *on-line*).

Nota-se, portanto, que a proteção da saúde abrange a prevenção, proteção e recuperação, com acesso universal, integral e igualitário a todas as ações e serviços, independentemente de qualquer contribuição. A prevenção é até mesmo uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde (art. 198, I). É de responsabilidade do Estado, embora a Constituição não tenha vedado a execução dos serviços de saúde à iniciativa privada, o que não exime o Poder Público de responsabilidade de regulamentar, fiscalizar e controlar, em face da relevância pública desse direito (art. 197 e 199).

A participação da comunidade é princípio do Sistema de Saúde garantida constitucionalmente (art. 198, III), reflexos do sistema democrático participativo adotado em 1988.

Com relação à saúde reprodutiva, antes de prosseguir com o exame da legislação interna, convém destacar os parâmetros de proteção internacional, até mesmo porque a expressão “direitos sexuais e reprodutivos” foi projetada internacionalmente e a Constituição de 1988 ainda utiliza a expressão “planejamento familiar”, não tão abrangente.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (ONU, 1993), que ocorreu em Viena em 1993, destacou que “sem as mulheres os direitos não são humanos”³⁹; “os direitos das mulheres e meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais”; e “a gravidez forçada é incompatível com a dignidade e o valor da pessoa humana”.

O artigo 12.1, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Convenção CEDAW), da ONU, prevê que

Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar. (ONU, 1979, p. 23).

A Declaração da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994, um dos marcos internacionais sobre a saúde reprodutiva, na perspectiva da garantia de direitos reprodutivos prevê, em seu princípio 4 e no item VII:

O progresso na igualdade e equidade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação de toda espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria

³⁹ As mulheres que se prepararam e foram à Conferência de Viena levaram como bandeira de luta e palavra de ordem a sentença: “que sem as mulheres os direitos não são humanos”. A organização não governamental Comitê Latino-Americano e do Caribe de Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM – é autora da frase.

controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento.

[...]

7.2 A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis.⁴⁰ (ONU, 1994, p. 42 e 62).

A respeito do aborto, diz a Declaração do Cairo (ONU, 1994) que em nenhum caso deverá ser promovido como método de planejamento familiar. Entretanto, apenas na Conferência Internacional sobre a Mulher em Pequim, 1995, no item 106, “k” (ONU, 1995, p. 182), no ano seguinte, é que se pôde avançar, de modo que todos os governos foram instados a revigorar o seu compromisso com a saúde da mulher; a tratar os efeitos que têm sobre a saúde os abortos realizados em condições inadequadas como sendo um importante problema de saúde pública; a reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação de serviços mais amplos e melhorados de planejamento familiar; e, por fim, considerar a possibilidade de reformar as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais.

Esse desenvolvimento internacional da saúde reprodutiva fez com que houvesse o seu reconhecimento enquanto conjunto de direitos, conforme aponta Piovesan (1998, p. 170):

Ineditamente, 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos, concebendo o direito a ter controle sobre questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva, assim como a decisão livre de coerção, discriminação e violência, como direito fundamental.

No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 estabelece que

Art. 226

[...]

⁴⁰ Essa definição é repetida no Programa de Ação da Conferência de Pequim de 1995, em seu item 94 (ONU, 1995, p. 178).

§ 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988, *on-line*).

Assim sendo, conhecer e utilizar os métodos, meios e técnicas para planejar a família faz parte do direito à saúde reprodutiva, sendo um direito garantido pela Constituição. A possibilidade de decidir livremente a respeito de quantos filhos se quer ter, o espaçamento entre eles, ou mesmo que não se quer ter filhos é um direito fundamental assegurado à mulher, ao homem ou ao casal. Vale ressaltar que a saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória (PIOVESAN, 1998, p. 173).

Para o exercício desse direito, é fundamental o papel do Poder Público, informando, pesquisando e dando acesso aos métodos de controle da fecundidade, para que o casal possa exercitar o seu direito de livre escolha, informado e consciente.

Direitos reprodutivos, define Flávia Piovesan (1998, p. 168), “correspondem ao conjunto dos direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”. Aponta a autora que

Historicamente, constata-se que a luta pelos direitos reprodutivos tem seu ponto de partida nas reivindicações femininas em torno da questão reprodutiva. Nesse sentido, os direitos reprodutivos refletiam a tensão entre a maternidade obrigatória, concebida como elemento de dominação do homem em relação à mulher, e a contracepção, entendida como forma de libertação. E a constante atenção que a questão dos direitos reprodutivos tem recebido no âmbito do movimento feminista deve-se à importância na vida da mulher, a quem incumbe, muitas vezes exclusivamente, arcar com as consequências da vida sexual – a gravidez, a criação dos filhos, etc.

Piovesan (2005, p. 109) assinala ainda que os direitos sexuais e reprodutivos passaram a ser compreendidos como direitos humanos a partir da Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento (1994) e têm dupla dimensão. Portanto, não se encaixam, puramente, em nenhuma das categorias tradicionais de direitos civis e políticos *versus* direitos econômicos e sociais, porque compõem uma figura híbrida. Eles demandam simultaneamente o campo da liberdade, da autodeterminação individual, da privacidade, da intimidade, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana e, ao mesmo tempo, a formulação de políticas públicas que possam assegurar a saúde sexual e reprodutiva, o acesso a informações, o acesso a meios seguros disponíveis.

É a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamenta o planejamento familiar no Brasil. De acordo com essa lei, o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia do acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

As políticas públicas de atenção à saúde sexual e reprodutiva das mulheres se inserem na “Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – Princípios e Diretrizes” do Ministério da Saúde⁴¹.

São algumas das ações da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Mulheres – PNAISM (BRASIL, 2004):

- políticas de planejamento familiar;
- atendimento das mulheres em situação de aborto previsto em lei, que envolve o atendimento humanizado para vítimas de violência sexual;
- atenção ao abortamento inseguro⁴².

O arranjo normativo exposto, em âmbito internacional e interno, consagra o dever do Brasil de garantir o direito à saúde reprodutiva das brasileiras, sendo instado até mesmo a rever a legislação punitiva no tocante ao aborto. O direito constitucional fundamental à saúde reprodutiva compreende, por parte do Estado, o dever de atuar por meio de políticas públicas

⁴¹ Segundo o Ministério da Saúde, o “Programa Assistência Integral à saúde da Mulher: bases de ação programática” (PAISM) foi elaborado pelo Ministério da Saúde e apresentado na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da explosão demográfica em 1983. A discussão se pautava predominantemente sobre o controle da natalidade. O Ministério da Saúde teve um papel fundamental, pois influenciou no âmbito do Governo Federal e este, por sua vez, posicionou-se e defendeu o livre arbítrio das pessoas e das famílias brasileiras em relação a quando e quantos filhos/as e qual o espaçamento entre os/as filhos/as.

Trata-se de um documento histórico que incorporou o ideário feminista para a atenção à saúde integral, inclusive responsabilizando o estado brasileiro com os aspectos da saúde reprodutiva. Dessa forma, as ações prioritárias foram definidas a partir das necessidades da população feminina, o que significou uma ruptura com o modelo de atenção materno-infantil até então desenvolvido. O PAISM, enquanto diretriz filosófica e política, incorporou também, princípios norteadores da reforma sanitária, a ideia de descentralização, hierarquização, regionalização, equidade na atenção, bem como de participação social. Além disso, propôs formas mais simétricas de relacionamento entre os profissionais de saúde e as mulheres, apontando para a apropriação, autonomia e maior controle sobre a saúde, o corpo e a vida. Assistência, em todas as fases da vida, clínico ginecológica, no campo da reprodução (planejamento reprodutivo, gestação, parto e puerpério) como nos casos de doenças crônicas ou agudas. O conceito de assistência reconhece o cuidado médico e de toda a equipe de saúde com alto valor às práticas educativas, entendidas como estratégia para a capacidade crítica e a autonomia das mulheres. Em 2003 teve início a construção da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher - Princípios e Diretrizes, quando a equipe técnica de saúde da mulher avaliou os avanços e retrocessos alcançados na gestão anterior.

Em maio de 2004, o Ministério da Saúde lançou a “Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher - Princípios e Diretrizes” (BRASIL, 2004), construída a partir da proposição do SUS e respeitando as características da nova política de saúde.

⁴² Segundo dados da Organização Mundial de Saúde, o aborto inseguro é a quarta causa de mortalidade materna no mundo e a quinta causa no Brasil, representando 11% das mortes maternas. De acordo com o Ministério da Saúde, em 2013 o aborto representou 4% da mortalidade materna no país.

específicas que possam garantir às mulheres o planejamento familiar e o atendimento digno no que diz respeito à situação de abortamento inseguro, conforme previsão da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Mulheres (PNAISM).

O aborto, quando realizado por pessoas treinadas, com instrumentos e medicação adequados e em ambiente seguro, higienizado e confortável, é um procedimento bastante seguro, com poucos riscos de complicações ou efeitos colaterais. Mas, quando o aborto ou sua finalização é provocado com auxílio de pessoas não capacitadas e fora de um espaço adequado, em termos de higiene e recursos médicos, ele pode trazer inúmeras sequelas e problemas para a saúde da mulher (VILLELA; BARBOSA, 2011, p. 12).

É a partir dessa realidade que, dentro das políticas de atenção à saúde integral das mulheres, encontra-se a preocupação com o abortamento inseguro. O Ministério da Saúde editou em 2005 a Norma Técnica referente à atenção humanizada ao aborto inseguro que segue orientação da Organização Mundial da Saúde (OMS). Segundo Villela e Barbosa (2011, p. 90):

A normatização do Ministério da Saúde visa contemplar tanto procedimentos clínicos que devem ser realizados de acordo com circunstâncias específicas, como também prevê rotinas de atenção psicossocial que devem ocorrer em paralelo ao atendimento gineco-obstétrico. Ademais, contribui para esclarecer equívocos, mostrando, por meio da divulgação das estimativas de aborto induzido no país, que essa é uma prática frequente, inserida na vida das mulheres, das famílias e das comunidades.

O aborto pode ser o desfecho imprevisto, em tese, não imaginado de uma gravidez indesejada e observado a partir de uma perspectiva de controle da própria fecundidade, exercício de direitos reprodutivos e de planejamento familiar:

Tomar o aborto como fato social significa trazer à luz as condições estruturais de um país desigual em termos de acesso a bens materiais e simbólicos e da ilegalidade de aborto, ao mesmo tempo em que mecanismos para burlar a lei estão disponíveis com maior ou menor facilidade e segurança a depender da situação de classe das pessoas envolvidas.

[...]

Quando uma gravidez inesperada ocorre, a decisão sobre seu desfecho/curso é sempre contingencial, baseada no exame da situação em jogo, independentemente de posições morais e/ou religiosas prévias que os protagonistas tenham sobre o aborto. Não há uma postura *a priori* já tomada pelo par, contrária ou a favor do aborto, em caso de uma gravidez imprevista. Cada contexto de gravidez é avaliado em suas diversas circunstâncias: *status* do vínculo afetivo-sexual, acordo/desacordo entre parceiros sobre ter ou não o filho, existência ou não de família prévia constituída e filhos anteriores, presença de outros projetos existenciais, condições materiais de existência para acolher o filho, anuência ou não da família/pais etc. (HEILBORN et al., 2012, p. 226 e 232).

A pesquisa desenvolvida por Heilborn et al. (2012), sobre gravidez imprevista e aborto no Rio de Janeiro, em que analisam gênero e geração nos processos decisórios de aborto a partir de entrevistas em profundidade, mostra o quanto a decisão pelo aborto é contingencial e não está necessariamente vinculada a um não desejo de maternidade, mas depende de questões relacionais/conjugais.

A saúde reprodutiva é um dos direitos humanos fundamentais das mulheres e o aborto, embora não possa e nem deva ser considerado como método contraceptivo, insere-se nesse direito de planejamento familiar e de controle da fecundidade. Como disse Simone de Beauvoir ao ser entrevistada ainda na década de 70:

Esperamos convencer o público de que é preciso assegurar à mulher o direito de procriar livremente, isto é, ajudá-la a suportar as cargas da maternidade – em especial através de berçários – e também a recusar as maternidades não desejadas, graças a práticas anticoncepcionais e ao aborto. Exigimos que ele seja livre e que a mulher decida sozinha. (SCHWARZER, 1986, p. 45).

Com a abordagem dos direitos reprodutivos e planejamento familiar, encerra-se essa parte da tese que pretendeu pontuar os direitos constitucionais fundamentais imbricados na discussão do aborto. Entende-se que eles devam ser levados em consideração na ponderação com o direito à vida do feto. Ignorá-los significa subtrair a dignidade humana das mulheres violando todos os demais direitos correlatos.

Mas importa, além de garantir e ponderar esses direitos, refletir sobre a criminalização, a utilização do Direito Penal para o tratamento da questão do aborto, de uma perspectiva da criminologia e da criminologia feminista. Nesse aspecto, importante também conhecer a concretude do aborto, quem são essas mulheres que são penalizadas e se há alguma efetividade nessa criminalização, além de causar dano e sofrimento a milhares de mulheres que abortam, o que será realizado na próxima parte.

PARTE 3 – A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

3.1 A criminalização do aborto como face do controle da sexualidade e de identidade dentro da estrutura das relações sociais de gênero. A construção da maternidade obrigatória como fator de identificação das mulheres

Luísa tinha 16 anos. Engravidou de seu namorado que tinha 22. Ele era separado e já tinha um filho. Quando iniciaram o relacionamento ela era virgem e não queria ter o filho, nem que seu pai soubesse que estava grávida. Ela decidiu fazer o aborto e na primeira clínica que foi se recusaram por ela ser menor. O namorado arrumou uma clínica para que ela pudesse abortar e pagou pelo aborto. Um amigo dele a acompanhou no dia. Sentiu muita dor depois, mas foi para casa de ônibus. Acabou tendo lesões graves. Teve o útero extraído porque estava todo perfurado. Ficou 20 dias na UTI. Teve a uretra extraída, bem como metade da bexiga. Vive com uretra artificial.

Ela acabou tendo lesões de natureza grave. Depois que foi para casa começou a passar muito mal e foi internada num hospital que comunicou à delegacia de polícia. O namorado disse que ela quis fazer o aborto por medo da própria família e que foi ela quem o levou a clínica.

A criminalização do aborto incide sobre um ser específico e determinado cujo corpo tem a capacidade de gestar outros seres. Nessa esfera, é possível compreender que as razões pelas quais ocorre essa criminalização depende da análise de como o Direito, do ponto de vista histórico e político, tem percebido e disciplinado as mulheres e seus corpos, já que aqui se defende que o Direito não é neutro em relação ao sexo.

A subordinação das mulheres tem como alguns de seus objetivos o disciplinamento e controle de seus corpos (FACIO; FRIES, 1999, p. 13).

A criminalização do aborto refere-se a um ser humano determinado, nominado pelo Código Penal como “gestante”⁴³. As condutas descritas na lei punem aquela pessoa que é capaz de gestar, ou seja, indivíduos que encerram em si o embrião, as mulheres. A princípio, pode parecer que a escolha de punir mulheres que pratiquem aborto por si mesmas ou que consintam que terceiro o provoquem decorra do simples fato da natureza, biológico, que

⁴³ Art. 124: “Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento” (BRASIL, 1940, on-line).

confere às mulheres a capacidade gestacional. Se os homens tivessem capacidade gestacional também seriam igualmente punidos. Neste sentido, o Direito seria supostamente neutro em relação ao sexo dos indivíduos, punindo-os igualmente, independentemente do sexo biológico que ostentem. Entretanto não é o que ocorre. O Min. Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 124.306 (BRSIL, 2016, *on-line*), cita⁴⁴ “como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista: *‘se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta’*” (grifo do autor).

Frances Olsen (1990), ao analisar o tema do sexo no Direito, ressalta que, desde o pensamento liberal clássico, o pensamento estrutura-se através de dualismos ou pares opostos (racional/irracional, ativo/passivo, razão/emoção, natureza/cultura, abstrato/concreto, objetivo/subjetivo etc.). Esse sistema de dualismos, segundo o autor, acaba por ser sexualizado e hierarquizado, ou seja, uma metade do dualismo considera-se masculina e a outra feminina. Os dualismos não são iguais, pois estariam hierarquizados, sendo a metade identificada como masculino superior. Essa identificação sexual dos dualismos ora é descritiva e ora normativa. O Direito se identificaria com o lado masculino dos dualismos. Supõe-se que o Direito é racional, objetivo, abstrato e universal, tal como os homens consideram a si mesmos. Pelo contrário, supõe-se que o Direito não é irracional, subjetivo ou personalizado, tal como os homens consideram que são as mulheres.

Ao tratar da discriminação sociocultural, verificada pela naturalização de comportamentos e características que seriam colocadas como inerentes ao sexo natural (inatas), mas que, na verdade, são construídas e podem não corresponder aos desejos e à essência de cada um, Guilherme Assis de Almeida e Maíra Cardoso Zapater (2013, p. 104) destacam o quanto essa discriminação repercute na esfera jurídico-legal: “Essa discriminação sociocultural repercute na esfera jurídico-legal, da qual é possível extrair elementos que revelam, como um espelho da realidade social, a crença em diferenças tidas como naturais e que justificariam um tratamento jurídico desigual”.

A partir do momento em que a diferença sexual se converte em desigual tratamento legal das diferenças e o sexo masculino como “modelo de humano”, como assinala Alda Facio e Lorena Fries (1999, p. 6), é que se revela que o Direito, enquanto produto de uma

⁴⁴ O Min. Luís Roberto Barroso faz alusão a trecho da manifestação do Min. Carlos Ayres Britto na ADPF54-MC (j. 20.10.2004).

época, de uma determinada cultura, reflete a desigualdade de tratamento entre os sexos, não havendo neutralidade alguma.

As autoras colocam que é o feminismo que vai possibilitar esse olhar crítico a respeito dessa estrutura patriarcal. O feminismo enquanto movimento social e político, enquanto uma ideologia e uma teoria que parte da tomada de consciência das mulheres como coletivo humano subordinado, discriminado e oprimido pelo coletivo de homens no patriarcado. O feminismo não se circunscreve a lutar pelos direitos das mulheres, mas a questionar profundamente todas as estruturas de poder, incluídas as de gênero.

O feminismo enquanto teoria permite questionar a incriminação por parte do Estado do aborto e sua pretensa neutralidade. Ocorre que as escolhas punitivas são políticas e decorrem de um sistema que atribui uma série de significados àquelas que são socialmente designadas “mulheres” e “mulheres gestantes”. Designação que costuma partir, num primeiro momento, da diferenciação sexual biológica mais evidente, cujas características físicas, como órgãos sexuais em sua forma externa e interna, designam os seres humanos como homens e mulheres. A criminalização do aborto e dos corpos das mulheres insere-se num contexto de opressão das mulheres, de controle de sua sexualidade e de opressão de gênero⁴⁵.

Nesse sentido, a crítica de Borges e Coelho Netto (2013, p. 321) de que a função do direito penal em relação às mulheres é clara, pois visa à punição por não exercerem o papel social definido para o ser feminino pré-determinado pela ordem patriarcal de gênero: a da mulher que foge do padrão de normalidade, entendido como o da reprodutora, da mãe ou esposa. Os autores denominam o crime de aborto, ao lado do infanticídio e abandono de incapaz, como um dos tipos penais de gênero que assumem determinadas particularidades:

A primeira particularidade e, sem dúvidas, a mais visível é a de que os referidos crimes somente são passíveis de serem cometidos por mulheres. Tais práticas convertidas em delitos trazem em si possibilidade de ampla análise política e social

⁴⁵ Tiburi (2014, p. 165) expõe cruamente essa relação da criminalização do aborto muito mais para punir a mulher, por não querer ser mãe, do que para proteger a vida do embrião: “Há quem fale tentando garantir que o aborto é uma questão de ‘vida’ do embrião e não uma questão de ‘vida’, ‘corpo’ ou de desejo das mulheres e da mulher. Com o apelo ao embrião tentam fazer com que o aborto pareça uma questão geral e não uma questão das mulheres como sujeitos históricos e políticos e da mulher grávida como indivíduo que não é contemplado em sua singularidade humana, senão na identidade da sacrossantificada maternidade em devir. Neste ponto, o discurso antiabortista mascara-se como um discurso ‘do bem’ porque defende a ‘vida’ enquanto, na verdade, incide virulentamente na potência do desejo feminino tentando configurá-lo. No caso, está sempre em cena o suposto *desejo de ser mãe* contra o ‘impensável’ *desejo de não ser mãe*. Este é colocado na cultura moralista como improbidade negativista pela qual as mulheres deverão ser punidas (e da qual muitas sentem-se autculpadas). A mulher que não deseje ser mãe (seja por sua negação em procriar a priori, ou por ter cometido qualquer erro por ignorância, despreparo, engano ou acidente e precise fazer um aborto) deverá pagar simbolicamente por sua negação. O discurso antiabortista é a exigência deste pagamento simbólico, o que faz dele um imperativo violento” (grifo do autor).

do papel da maternidade atribuído à mulher, e como a negação desta função primordial delegada ao sexo feminino repercute em nossa sociedade através da ideologia machista e da cultura androcêntrica.

Nesse ponto é importante situar o Código Penal historicamente, para que se possa compreender a criminalização deste fato social, já que a parte que criminaliza o aborto é de 1940. Nessa década, sequer havia sido inventada a pílula anticoncepcional e a mulher era marcada do ponto de vista de sua identidade, de sua constituição como sujeito, pela função materna. Era o fato de “ser mãe” que a marcava, que a identificava e a constituía como pessoa. Não querer ser mãe ou ainda querer planejar a maternidade ou mesmo determinar quantos filhos se queria ter ou o espaçamento entre eles era negar a sua “essência de mulher”. Era violar o código moral e social vigente. Tal violação só poderia ser punida adequadamente, em face da violência que representava para a ordem vigente, com a criminalização daquelas que de alguma forma ousavam rejeitar a norma.

Da mesma forma, a constituição da família burguesa também situa a mulher dentro de determinados papéis que passam, necessariamente, pela maternidade compulsória e cuidado com os filhos.

Kehl (2016, p. 37 e 38) destaca a formação da família nuclear e burguesa e o que se esperava da mulher nesse modelo:

O domínio público, espaço das transações comerciais, sociais e políticas das grandes cidades do século XIX era o espaço da convivência entre uma *multidão de desconhecidos*, formada por uma diversidade de tipos sociais sem precedentes na história do Ocidente. Em oposição ao espaço social dos estranhos, no qual o sujeito precisa estar constantemente atento aos outros e *si mesmo*, construiu-se a família nuclear moderna como lugar de intimidade, privacidade, relaxamento. Para os homens, condenado a viver o dia a dia na selva das cidades, a família tornava-se um lugar sagrado, cuja harmonia e cuja tranquilidade estariam a cargo daquela que cada um escolheu para esposa.

A família nuclear e burguesa cria um padrão de feminilidade cuja principal função é promover o casamento entre a mulher e o lar. Porém o imaginário social nunca é unívoco. Outros discursos e outras expectativas entraram em choque com os ideais predominantes da feminilidade. De um lado submissão feminina contrapunha-se aos ideais de autonomia de todo sujeito moderno; aos ideais de domesticidade se contrapunham o de liberdade; à ideia de uma vida predestinada ao casamento e à maternidade se contrapunha a ideia, também moderna, de que cada sujeito deve escrever seu próprio destino, de acordo com sua própria vontade. (grifo do autor).

Kehl pontua muito bem o paradoxo da modernidade, pois se de um lado se colocava como ideal de feminilidade o casamento e a maternidade de outro, a autonomia do sujeito moderno, em suas possibilidades de escolha e de realização de projetos de vida. Porém apenas para o sujeito masculino.

Mas o aborto frustra de forma tão intensa esse lugar destinado às mulheres e lhes concede um poder de decisão sobre seus corpos, suas vidas e seus projetos. Tão desafiador da ordem vigente que apenas a criminalização, a mais forte restrição do Estado sobre os corpos, parece ser a resposta adequada e suficiente, segundo os homens que legislam sobre os corpos das mulheres e dizem o Direito. Aqui não se defende, de forma alguma, o aborto como método contraceptivo, mas a possibilidade de sua utilização, quando houver uma gravidez indesejada, sem que tal fato venha a se constituir um crime.

Márcia Arán (2003, p. 404) diz que a modernidade, tendo como referência o final do século XVIII e o século XIX, colocou para a mulher os destinos do privado e, conseqüentemente, da maternidade. A ideia científica, que acabara de surgir, foi marcada por essa função de mãe que penetrou no corpo da mulher e acabou por definir sua essência. No século XX, mais precisamente nos anos 60 e 70, assistiu-se a um certo deslocamento das mulheres do destino da maternidade, provocado pela possibilidade concreta de separar a sexualidade da reprodução, com o advento da pílula contraceptiva. A partir daí, não só as mulheres puderam se ver livres de uma função quase que imposta a seus corpos, como também exerceram o ato da escolha de terem ou não filhos.

A relação entre controle da sexualidade e criminalização do aborto está fundamentada historicamente. Gayle Rubin (2017) no texto “Pensando o sexo: notas para uma teoria radical das políticas da sexualidade”⁴⁶ anota que a esfera da sexualidade também tem sua política interna, desigualdades e modos de opressão. Como em outros aspectos do comportamento humano, as formas institucionais concretas da sexualidade, em um determinado tempo e lugar, são produtos da atividade humana. São imbuídas de conflitos de interesse e manobras políticas, ambas deliberadas e incidentais. Nesse sentido, o sexo é sempre político. Mas há períodos históricos em que a sexualidade é mais nitidamente contestada e mais excessivamente politizada. Nesses períodos, o domínio da vida erótica é, de fato, renegociado.

Continua a autora para dizer que na Inglaterra e nos Estados Unidos, o final do século XIX foi um desses períodos. É interessante notar que toda vez que se tratava de diversos aspectos envolvendo a sexualidade (campanhas encorajando a castidade, criminalização da prostituição, desencorajamento da masturbação, cruzadas contra a literatura obscena, pinturas com nudez etc.) o aborto e informações sobre controle da natalidade entravam no “pacote”, ou seja, o controle da sexualidade era tratado intimamente ligado ao controle da reprodução.

⁴⁶ No Brasil o texto foi traduzido por Políticas do Sexo e foi publicado em 2017.

Gayle Rubin relata que a legislação sexual data das cruzadas moralistas do século XIX e a primeira lei antiobscenidade nos Estados Unidos foi aprovada em 1873. Era o Decreto Comstock, nomeado para Anthony Comstock, ancestral ativista antipornografia e fundador da Sociedade Nova-iorquina para Supressão do Vício. Esse decreto tornou a produção, propaganda, venda, posse, envio por correio, ou importação de livros ou fotografias obscenas um crime federal.

Mas o importante a se destacar é que a lei também proibiu drogas contraceptivas ou abortivas bem como dispositivos e informações sobre elas.

Ou seja, por que tratar de contracepção e aborto junto com obscenidade, pornografia, prostituição, supressão do vício? Denota-se aparentemente uma clara vinculação do aborto e da contracepção ao controle e à repressão da sexualidade. Somente em 1975, a Suprema Corte declarou inconstitucional a parte da lei que tratava da proibição de materiais usados para informação sobre contracepção e aborto.

Destaca Ferrajoli (2003, p. 12) que, no debate público, o direito da mulher em decidir a respeito de sua maternidade se apresenta, normalmente, como um “direito *de* aborto”, isto é, como uma liberdade positiva, que consistiria na liberdade de abortar. Mas que é esquecido que antes de mais nada é uma liberdade negativa, ou seja, o direito da mulher a não ser obrigada a se tornar mãe contra a própria vontade. A proibição do aborto não se limita a proibir um fazer, mas obriga a uma escolha de vida, como o é a maternidade.

Além dessa construção da maternidade obrigatória, como viés identificador das mulheres em paralelo ao controle de suas sexualidades, a maternidade obrigatória também é tida como um ideal de vida para todas as mulheres, construindo-se também, ao longo do tempo, um ideal de maternidade cada vez mais limitador de quaisquer outros projetos de vida que porventura possam desejar uma mulher. Um ideal tão difícil de ser suportado e alcançado que tem levado centenas de mulheres a simplesmente não querer ter filhos ou deixar para decidir quando realizados outros projetos de vida que não teriam sido passíveis de conciliação com o ideal materno contemporâneo.

Sabadell e Dimoulis (2008, p. 328) ressaltam essa introjeção da maternidade como lugar “natural” das mulheres até mesmo pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, em decisão de 1975, sobre a constitucionalidade do aborto, estigmatizou as mulheres ao dizer que rejeitam a gravidez porque não querem aceitar as privações ligadas a ela e nem exercer os deveres maternos naturais; que a mulher “abortiva” parece violar as leis da

natureza por ser egoísta e o direito penal deve reprová-la, não somente pelo ato cometido, mas também pela sua postura que contraria a suposta ordem natural.

Portanto discutir criticamente a criminalização do aborto no Brasil pressupõe analisar criticamente o Direito e, em especial, o Direito Penal, a partir das teorias críticas e do feminismo. Um estudo simplesmente dogmático do direito penal não se dispõe a compreender os porquês da criminalização, suas representações e significados. De posse desse instrumental teórico é que se pode repensar as escolhas legislativas, que são políticas e refletem determinada concepção de papéis de gênero e de possibilidades para mulheres e homens.

Mas, antes dessa discussão crítica, cabe tratar do que se tem em termos de dogmática penal a respeito do aborto, o que será feito no próximo capítulo.

3.2 A criminalização primária do aborto e o Código Penal de 1940

Irmã encontrada morta, pelo irmão. Tinha tomado ácido sulfúrico, substância encontrada na autópsia. Ao abrirem a geladeira encontram um feto num vidro de maionese.

Há 40 anos, Juarez Cirino dos Santos (1978, p. 13) dizia que certos comportamentos proibidos (o consumo de drogas, a exploração do lenocínio, o jogo do bicho, o aborto etc.) definiam práticas sociais cuja extensão só era comparável à magnitude da hipocrisia normativa respectiva. Continuava o autor que o problema do aborto, em face do quadro legal, apresentava-se sobre duas categorias distintas ou é proibido (aborto criminoso) ou permitido (aborto terapêutico ou humanitário).

A proposta deste capítulo é acessar o problema através da dogmática penal, que distribui a matéria pelo princípio da legalidade, orientando o enfoque pelos tipos legais e destacando a posição sistemática, a estrutura objetiva e subjetiva da conduta, as formas qualificadas e os tipos de aborto permitidos, sem deixar de fazer a mesma ressalva de Santos (1978, p. 14):

Esse método, necessário para precisar os conteúdos e limites normativos, fragmenta o problema real para adequá-lo às formas da lei, construindo uma perspectiva que não abrange todo o problema: privilegia a dimensão formal, variável conforme a política oficial, subordinando a base material, fisio-patológica e social, constante.

O autor, a partir dessa crítica, não se furta a desenvolver método inverso ao da dogmática, tratando da repressão legal, dos efeitos posteriores, das percepções e atitudes da mulher, ou seja, de uma política criminal alternativa, do que também cuida ao longo deste trabalho.

A criminalização primária de condutas é produto direto do Poder Legislativo através da elaboração de normas penais, tipificando determinadas condutas e fatos, estabelecendo penas, delimitando agentes. Acredita-se que uma das funções seria a prevenção geral negativa, ou seja, através da previsão de uma pena, a conduta proibida não seria realizada. Uma forma de controle social, do ponto de vista democrático, autoimposto, se for considerado que as leis são feitas observando-se parâmetros democráticos, por meio de representantes eleitos.

O Código Penal atual contempla seis modalidades de abortamento: autoaborto (artigo 124, primeira parte), consentido (artigo 124, segunda parte), não consentido (artigo 125), provocado sem o consentimento da gestante (artigo 126), necessário ou terapêutico (artigo 128, inciso I) e sentimental (artigo 128, inciso II).

O crime de autoaborto, art. 124 do CP, é um delito de mão própria que não pode ser cometido por outra pessoa, mas somente pela autora, que realiza pessoalmente o delito. Sendo que diversas formas de comportamento podem ser utilizadas para provocação do aborto, desde que tenha a idoneidade para produzir resultado. Benzedeiras, rezas, despachos e similares não são idôneos, ou seja, torna-se crime impossível, por absoluta ineficácia do meio⁴⁷. Exigem-se as seguintes condições jurídicas: dolo, gravidez, manobras abortivas e a

⁴⁷ Não é preciso nem mesmo recorrer a exemplos extremos de meios ineficazes. Muitas vezes, a ingestão de medicamentos outros, com a intenção de provocar aborto ou não, é mencionada em processos, nos quais não se pode comprovar que a ingestão de determinado medicamento teria provocado o aborto. Por vezes, isso se soma à negativa da gestante, que declara ter ingerido o referido medicamento para finalidades outras, também dificultando a comprovação de que o aborto tivesse sido por ela provocado, conforme encontrado em casos analisados na pesquisa.

“Lúcia abortou na própria casa depois de sentir cólicas abdominais. Estava fazendo pré-natal e tinha ido dias antes queixando-se de cólicas e lhe receitaram Buscopan. Uma vizinha a quem pediu socorro porque estava sangrando muito chamou a polícia. Todos os depoimentos (vizinha, pai e gestante) confirmam a história, mas o Ministério Público requisitou dos hospitais que frequentava prontuário completo. Além da juntada do prontuário a diretora da UBS também foi ouvida. Os documentos comprovaram o que as testemunhas já tinham relatado”.

“Ana é garçoneite. Ela estava separada do companheiro que a agredia. Era violento. Tem 2 filhos com ele. Mesmo assim se encontravam esporadicamente e ficou grávida. Relata que ele veio na casa dela e

morte do feto, embrião e óvulo. A ação “provocar o aborto” tem a finalidade de interromper a gravidez e eliminar o produto da concepção. Se o aborto foi espontâneo, não há crime de aborto. Se os peritos não podem afirmar que o aborto foi provocado, não há certeza da existência do crime, logo não se pode falar em aborto criminoso (BITENCOURT, 2014, p.167 e seg.).

Na análise que foi feita dos casos pesquisados, no Primeiro Tribunal do Júri da Capital, pode-se constatar que a maioria esmagadora dos casos é arquivado porque não se conseguiu comprovar, através da prova produzida, que o aborto tivesse sido provocado pela gestante. São inúmeros casos em que pairou a incerteza – de que trata o autor – quanto à existência do crime. É o que demonstra a decisão abaixo proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

Na hipótese, a despeito da aceitação da suspensão do feito pela paciente e seu namorado, o corréu, não existe a prova da materialidade do crime, assim relatado no laudo de exame de corpo de delito, tratando-se de crime que deixa vestígios. E mesmo que se admita a ingestão do medicamento "cytotec" pela gestante, sem que exista um estudo vigoroso e definitivo dos possíveis efeitos colaterais da medicação, entre os quais, o possível efeito interruptivo da gestação, e assim também da relação de causa e efeito entre a ingestão e o aborto, não há como se considerar nem indiciária a justa causa., para tanto não bastando a confissão do agente. (SÃO PAULO, 2017f, *on-line*).

O Código Penal considera o aborto provocado pela gestante crime contra a vida com pena prescrita de um a três anos.

Entre os penalistas, embora o Código Penal não seja expresso a respeito, vigora o entendimento de que a vida, enquanto bem jurídico tutelado, estaria protegida desde a concepção:

começaram a brigar e que ele ficou transtornado quando disse que estava grávida de 6 semanas. Nesse dia a teria forçado a engolir um comprimido e que começou a passar mal e depois de 2 dias foi ao hospital e foi feita uma curetagem. Disse que ele depois de alguns dias lhe disse que o comprimido era para a pressão e que ela estava acostumada a tomar, mas ela não lembra o nome e que acredita que não teria sido esse medicamento que a fez abortar. O ex-marido não negou que já a tivesse agredido, mas que não a forçou a tomar nenhum remédio, nem pediu que abortasse quando soube que estava grávida e que ela pediu que pegasse um comprimido que era para a pressão. Houve arquivamento por falta de materialidade”.

“Cintia estava grávida de três meses, começou a passar mal e foi ao ginecologista. Estava com sangramento o mesmo receitou, dois medicamentos buscopan e dactil-Ob e repouso de 7 dias, mas voltou a ter outro sangramento muito forte e foi ao banheiro, onde o feto foi expelido. Foi levada ao hospital e declarou que foi aborto espontâneo. No hospital os médicos questionaram aonde estava o feto, que estava na residência dela. No laudo morte indeterminada. Ministério Público pediu arquivamento”.

“Márcia foi ao ginecologista porque estava com um sangramento. Foram receitadas duas pomadas: fluconazol e novaderme. Segundo pareceres médicos essas pomadas não causam aborto. Márcia disse que não sabia que estava grávida, teve um cólica forte, com sangramento. Foi socorrida, levando junto o feto. Foi arquivado”.

Existe a ausência de uma definição legal, em que momento que se protege legalmente o feto, daí a tendência desde a concepção, até o parto. Na posição de Nelson Hungria: “o código, ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez, antes de seu termo normal, há crime de aborto. Em qualquer fase da gravidez (desde concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica), provocar a sua interrupção é cometer crime de aborto”. (FRANCO, 1955, p. 277).

O aborto está incluído nos crimes contra a vida, o bem tutelado é a vida intrauterina, desde a fecundação do óvulo (concepção), protegendo-se a vida endouterina, o Código penal está em consonância com o Código Civil, que dispõe que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º) (PIERANGELI, 2013, p. 302).

No autoaborto somente há uma tutela penal do direito à vida, sendo o titular desse direito o feto. Diante do Código Civil o feto não é pessoa, possuindo assim expectativa de direito, entretanto, para direitos penais, é considerado pessoa. A tutela é a vida dessa pessoa, sendo o produto da concepção. O crime do aborto está intitulado no Código Penal como “Dos Crimes Contra a Pessoa”, em seu capítulo dos “Crimes Contra à Vida” (JESUS, 2011, p. 152).

A tutela da vida humana em formação, que é a vida do feto, é a diretriz do Código Penal. Pouco importa se é uma vida humana, pois já tem expectativa de ente humano, uma *spes personae* (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 153).

Há autores que defendem que a proteção se iniciaria a partir da nidação do óvulo fecundado no útero, até mesmo porque interpretação diversa, de proteção desde a fecundação, colocaria em xeque determinados métodos contraceptivos totalmente aceitos no Brasil, como destacam Mirabete e Fabbrini (2013, p. 59 e seg.).

Há divergência grande entre os doutrinadores sobre o início da vida: se ocorre com a fecundação, ou a implantação do óvulo no útero materno, período mais conhecido como nidação. Tendo em vista ser permitido no Brasil a venda de DIU e anticoncepcionais, cujo objetivo é acelerar a passagem do ovo pela trompa, de maneira que atinja o útero sem condições de se implantar, ou mesmo, de transformar o endométrio para criar nele condições infaustas à implantação do óvulo, cogente concluir que, a doutrina que aponta o início da vida com a fecundação, é mais plausível a realidade fática brasileira, caso contrário, todos aqueles que se valem dos métodos anticoncepcionais descritos acima, responderiam por crime.

No mesmo sentido Greco (2014, p. 91-94):

O início da vida vem a partir da concepção ou fecundação, para fins de proteção por via penal, a vida somente terá proteção após a nidação, sendo que se não houver a nidação não há porque a proteção.

E também Prado (2013, p.116-117):

O objeto material do delito é o embrião ou o feto humano vivo, implantado no útero materno, protege-se a vida intrauterina, ou seja, seu ponto inicial é a nidação.

Observa-se, portanto, que, embora o objetivo seja tutelar a vida, na interpretação do Código Penal brasileiro, que criminaliza o aborto, na maior parte dos casos, é possível vislumbrar divergências a partir de que momento essa proteção penal se iniciaria. Alguns autores preferem optar, sem maiores fundamentações, pela nidação, não por uma razão biológica expressa, mas para se adaptar ao uso corrente de alguns contraceptivos que poderiam ser considerados abortivos e levariam à criminalização das mulheres que os usassem. O que parece tornar a discussão a respeito do início da vida como apenas um dos critérios a serem observados no que se refere à descriminalização do aborto na dinâmica de ponderação entre vida do feto e vida da mãe.

Quando se opta pela descriminalização do aborto e sua regulação, ainda que em âmbito penal, os diversos modelos encontrados, por vezes, encerram determinadas soluções de compromisso entre a proteção de ambas as vidas (feto e gestante) como demonstra Roxin (2002, p 165 e 174):

A proteção da vida em formação no corpo da mãe, é tratado de forma diversa em determinadas culturas, ou seja, há quem tutele o embrião que se desenvolve no corpo da mãe como um homem nascido, há quem trate os embriões produzidos extracorporeamente, como sujeitos de tutela jurídica. O ordenamento jurídico moderno segue um caminho intermediário e opta por dois modelos: “solução de indicações” e “solução de prazo”, na primeira o aborto é punível, podendo ser justificado e impunível por situações em que o médico indica para a sobrevivência da mãe, delitos sexuais. Na solução de prazo é determinado prazo até 3 meses e a mãe pode interromper a gravidez por seu desejo, sem mencionar o motivo; após esse decurso, somente com autorização médica. Na Alemanha, após o que chamam de modelo de aconselhamento, apresenta-se um compromisso entre a solução de prazo e solução de indicações. É impune o aborto feito por médico a pedido da gestante nas primeiras 12 semanas, desde a concepção, se a gestante estiver submetida a aconselhamento. O foco desse aconselhamento é a proteção da vida, ajudando a aconselhar a tomar uma decisão responsável.

O autor é a favor da solução de indicações bastante generosa, o aborto pressupõe um caso de conflito e uma ponderação, na qual os interesses vitais da gestante prevalecem sobre o embrião.

O Código Penal brasileiro adotou um modelo de indicações bem restritivo, como se verá a seguir.

3.2.1 Hipóteses de aborto legal

A mãe foi chamada ao hospital pois a filha veio a óbito. Ela estava internada a três dias. Tinha ocorrido um aborto e teve complicações posteriores. Segundo os médicos ela tinha dito que fez uso de citotec, mas nada foi comprovado.

No Brasil adotou-se, quanto ao aborto, o modelo de indicações, de forma bem restrita, admitindo-se o aborto apenas se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, ou se a gravidez decorrer de estupro. Em ambos os casos realizados por médico. Sabadell e Dimoulis (2008, p. 335), no caso do aborto terapêutico, hipótese do art. 128, I, do Código Penal, chamam a atenção para interessante questão de dogmática penal: a justificativa de realizar o aborto se não há outro meio de salvar a vida da gestante, a princípio, seria considerada desnecessária em virtude da previsão, na parte geral, do “estado de necessidade” (art. 24 do CP).

Segundo os autores, a previsão do art. 128, I seria mais restritiva se comparada com a previsão geral do artigo 24, pois se aplicando tão somente o “estado de necessidade” seria possível defender o aborto quando houvesse risco de danos à saúde para a gestante e não como dispõe o artigo 128, I, apenas se não há outro meio de salvar a vida da gestante. Defendem que, se o entendimento for de que o art. 128, deva prevalecer por ser “lei especial”, deveria ser considerado inconstitucional, porque limita os direitos fundamentais da gestante de maneira desproporcional e contrária ao princípio da igualdade. Ou seja, pelo art. 128, I do Código Penal um risco de danos à saúde não seria levado em conta para realização do aborto se não fosse um risco de danos à saúde que fosse levar à morte da gestante. Os autores colocam que a doutrina sugere que esse problema, de se entender possível a realização do aborto em caso de risco à saúde da gestante, pode ser superado, considerando-o como conduta não culpável por inexigibilidade de conduta diversa.

A possibilidade do aborto em caso de estupro, embora existente desde 1940, sempre enfrentou diversos óbices, seja em relação à existência de serviços⁴⁸ que realizassem o aborto em caso de estupro, seja por se entender, durante muito tempo, que se fazia necessário o registro policial da ocorrência de estupro. Somente em 2005, o Ministério da Saúde editou Norma Técnica a respeito da organização dos serviços, estabelecendo diversas orientações sobre o atendimento. Até hoje não são poucos os entraves para a realização de abortos nas hipóteses em que há permissão no Código Penal, o que se supõe ser devido a todo o estigma envolto no debate do aborto e até ao movimento existente no sentido de restringir ainda mais o seu cabimento, como foi visto ao longo deste trabalho. Hipótese de aborto que não constou da redação original do Código Penal, mas que decorre de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, também se insere no conjunto de indicações em que o aborto passa a ser permitido, como será tratado no próximo capítulo.

3.2.2 Aborto em caso de anencefalia⁴⁹

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, entidade sindical de terceiro grau do sistema confederativo, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e no art. 1º e seg. da Lei nº 9.882, de 3.12.99, propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF –, indicando como preceitos vulnerados o art. 1º, IV (a dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República, e, como ato do Poder Público causador da lesão, o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal.

A violação dos preceitos fundamentais invocados na ADPF decorreu de uma específica aplicação que tem sido dada aos dispositivos referidos do Código Penal, por diversos juízes e tribunais: a que deles se extrai a proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente

⁴⁸ Ver a respeito o estudo nacional de Madeiro e Diniz (2016) sobre os serviços de aborto legal no Brasil.

⁴⁹ Este tema foi tratado em artigo publicado em 2007 (MELO, 2007), antes mesmo de proferida a decisão de mérito na ADPF 54. Aqui é aprofundado e analisado de que forma esse julgamento pode se relacionar com a ADPF 442, que busca descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação e se encontra pendente de julgamento no STF.

inviável a vida extrauterina. O pedido foi para que o Supremo Tribunal Federal procedesse à interpretação conforme a Constituição de tais normas, pronunciando a inconstitucionalidade da incidência das disposições do Código Penal na hipótese descrita, reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.

Na petição inicial, procurou-se estabelecer a tese de que a antecipação terapêutica do parto não é aborto, que a anencefalia produz a inviabilidade do feto e que a não possibilidade de antecipação do parto fere preceitos fundamentais como o da dignidade da pessoa humana, ocorrendo uma situação análoga a de tortura, além da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como do direito à saúde. Pediu-se interpretação conforme a Constituição para que os artigos do Código Penal que tratam do tema não fossem obstáculos para realizar a antecipação terapêutica do parto, já que em 1940 sequer havia a possibilidade de previsão de feto anencefálico pelos recursos médicos existentes à época.

Citou-se o HC 84.025-6/RJ, no qual se versava hipótese, precisamente, de pedido de antecipação do parto de feto anencefálico. Seria a primeira vez que o STF teria oportunidade de apreciar a questão. Lamentavelmente, porém, antes que o julgamento pudesse acontecer, a gravidez chegou a termo e o feto anencefálico, sete minutos após o parto, morreu. O Ministro Joaquim Barbosa, relator designado para o caso, divulgou seu voto, exatamente no sentido do que sustentado na petição inicial da ADPF:

Em se tratando de feto com vida extrauterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal. (BRASIL, 2004b, *on-line*).

Foi proferida decisão liminar pelo Ministro Marco Aurélio, nos seguintes termos:

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa

humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretanto, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. (BRASIL, 2012, *on-line*).

A ADPF 54 acabou sendo julgada procedente em seu mérito. Embora trate de descriminalização restrita a uma indicação específica (anencefalia) e muito se falou que não se tratava propriamente de aborto, mas de antecipação terapêutica do parto, já que não haveria uma vida a ser protegida, a interpretação conforme à Constituição, que foi requerida, em muito se assemelha à da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 442. Os direitos constitucionais fundamentais invocados de proteção das mulheres (liberdade, autonomia, igualdade, saúde, direitos reprodutivos, planejamento familiar) são os mesmos e

agora também se busca interpretação conforme à Constituição através da propositura de uma mesma modalidade de controle abstrato de constitucionalidade.⁵⁰

Ali, na ADPF 54, também se discutiu a laicidade do Estado, o direito à vida e suas implicações na temática da criminalização do aborto.

Antes de analisar a referida correlação, é interessante notar que a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB – requereu a intervenção na ADPF 54 como *amicus curiae*, pedido que foi indeferido pelo Relator. Vale a pena ressaltar que, no já citado HC 84.025-6/RJ, o impetrante era um padre que resolveu especializar-se na propositura de *habeas corpus* para proteger o futuro direito de ir e vir dos nascituros.

A questão, portanto, tem despertado forte interesse da comunidade religiosa, que chega a defender a continuidade da gestação em casos de anencefalia, mesmo sabendo que não há qualquer possibilidade de vida de anencefálicos, com base em convicções de natureza religiosa e em flagrante desrespeito, portanto à liberdade de consciência e de crença e ao Estado Laico.

No Código Penal, como se vê, ainda é bastante conservador em matéria de aborto. Isso se deve, em grande parte, à influência que ainda exerce sobre o legislador certos setores religiosos. O processo de secularização do Direito ainda não terminou. Confunde-se ainda religião com Direito. No caso do aborto por anencefalia, o debate instaurado evidenciou isso de forma exuberante. Não existe razão séria que justifique a não autorização do aborto quando se sabe que o feto com anencefalia não dura mais que dez minutos depois de nascido. Aliás, metade deles já morre durante a gestação e a outra perece imediatamente após o parto. A morte, de qualquer modo, é inevitável.

Disse o Ministro Marco Aurélio:

Os que sustentam, (ainda que com muita boa-fé), o respeito à vida do feto, devem atentar para o seguinte: em jogo está a vida ou a qualidade de vida de todas as pessoas envolvidas com o feto mal formado. Se até em caso de estupro, em que o feto está bem formado, nosso Direito autoriza o aborto, nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto anencefálico. Lógico que a gestante, por suas convicções religiosas, pode não querer o aborto. Mas isso constitui uma decisão eminentemente pessoal, que deve ser respeitada. De qualquer maneira, não pode impedir o exercício do direito ao abortamento para aquelas que não querem padecer tanto sofrimento.

Observe-se, de outro lado, que a anencefalia não é uma situação excepcionalíssima no nosso país. De cada 10.000 nascimentos, 8,6 apresentam tal anomalia. No Hospital das Clínicas, em São Paulo, todo mês, são 2 ou 3 casos. Isso vem causando

⁵⁰ Para uma análise aprofundada do caso, consultar LIMA (2015). “Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão”.

muita aflição para as pessoas envolvidas e também para os médicos, que muitas vezes ficam indecisos e perdidos, sem saber o que fazer. Dogma é dogma, Direito é Direito. O processo de secularização do Direito (separação entre Direito e religião) deve ser concluído o mais pronto possível. Resquícios da confusão entre eles devem ser eliminados.

O nascimento de um novo ser humano no planeta deve sempre ser motivo para comemoração, não para decepção. Nascimento é alegria, é vida e isso nada tem a ver com o clima funerário que gera a gestação assim como o nascimento do feto anencefálico.

Praticamente todos os países desenvolvidos já autorizam o aborto por anencefalia (Suíça, Bélgica, Áustria, Itália, Espanha, França etc.). Somente os países em desenvolvimento é que o proibem (Paraguai, Venezuela, Argentina, Chile, Equador). É chegado o momento de nos posicionarmos em favor do não sofrimento inútil do ser humano. O pior que se pode sugerir (ou impor) no mundo atual é que alguém padeça sofrimentos inúteis. (BRASIL, 2012, *on-line*).

Observa, por fim, que respeitar a liberdade de crença e consciência e o Estado Laico significa permitir que as convicções religiosas sejam respeitadas no plano individual, pessoal. As convicções morais e religiosas de um grupo não podem ser assumidas pelo Estado, sob pena de se ferir a própria democracia, o pluralismo, o igual respeito jurídico pelas diferenças.

O Estado Laico não pode obrigar a mulher a se submeter a uma antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia, respeitando suas convicções religiosas, morais, filosóficas e suas crenças, como também não pode proibir aquelas que assim desejam proceder, em respeito às mesmas convicções que estas também possuem e as levam a desejar a antecipação terapêutica do parto. Enfim, o Estado Laico deve garantir a liberdade de crença e consciência para todos.

A ADPF 54, portanto, constitui um importante precedente na discussão da ampliação de hipóteses de aborto no Brasil, ainda que se argumente que no caso em questão não se estivesse comprometendo a proteção do direito à vida do feto, devido a total inviabilidade de vida para o feto anencefálico. Mas há que se ressaltar que o julgamento da ADPF 54 em 2012 acabou por permitir o acréscimo de uma nova possibilidade de aborto permitido e permitiu que se debatesse publicamente os direitos constitucionais fundamentais das mulheres imbricados no debate do aborto.

Terminada a análise das hipóteses em que o aborto é permitido, ou seja, as hipóteses de aborto legal (criminalização primária), cumpre analisar, como se realiza o cumprimento da lei, o que de fato tem acontecido em termos de efetivação do direito penal no que diz respeito à prática do aborto, ou seja, como tem se realizado a criminalização secundária do aborto.

3.3 A criminalização secundária do aborto: seletividade penal de mulheres pobres, negras e de baixa escolaridade

Uma das perguntas feitas, quando da elaboração do projeto de pesquisa desta tese, foi se a criminalização secundária, realizada pelos agentes responsáveis por fazer cumprir a lei, é efetiva quando se trata do crime de aborto. A hipótese de pesquisa era que, embora o aborto fosse considerado crime pelo Código Penal (criminalização primária), a criminalização secundária é débil e não se faz efetiva pelo Sistema de Justiça. As circunstâncias em que os abortos ocorrem, sua clandestinidade e segredo, bem como todas as dificuldades em comprovar que o aborto foi efetivamente provocado ou ainda que o meio empregado pela gestante foi o causador da morte do feto através de perícias e laudos, ou mesmo encontrar testemunhas dos fatos, levam a um sem número de arquivamentos de inquéritos.

Ao lado disso, a própria criminalização primária permite, em virtude da pena mínima aplicada às mulheres primárias e de bons antecedentes, a suspensão condicional do processo. Considerar um determinado fato crime, ao menos no senso comum, implica a possibilidade concreta de ser preso, de vir a ser condenado a cumprir pena num presídio. No caso do aborto, isso quase nunca acontece pelos entraves apontados e pelas possibilidades abertas pelo próprio modelo de criminalização vigente. Essas características têm sido inclusive citadas por aqueles que defendem a criminalização como um argumento para minimizar o fato de o aborto ser criminalizado no Brasil.

Ou seja, é crime, mas as mulheres nem ao menos vão presas por ele, então não há por que descriminalizar. A criminalização não seria tão grave assim. Ignoram as mortes ou sequelas que um aborto inseguro pode causar, os antecedentes criminais a dificultar ainda mais o acesso ao mercado de trabalho por parte das mulheres e todo o estigma social por ser processada criminalmente pelo aborto quando a norma social e cultural predominante destina às mulheres o papel de mãe e responsável pelo cuidado dos filhos.

Ferreira (2013, p. 262) alerta para o fato de que, embora o aborto, por livre escolha da mulher, seja crime, essa criminalização não significa intensa judicialização dos casos. Em seu artigo, analisa caso de 2007, de ampla repercussão na mídia por envolver uma clínica, no Mato Grosso, na qual se realizavam abortos, cuja investigação resultou no processamento penal de cerca de 1.200 mulheres que haviam passado pela clínica nos últimos anos. Entrevistou diversas mulheres processadas com o objetivo de descrever o que significou o

processo na vida de algumas delas, bem como autoridades jurídicas participantes do sistema de justiça.

Uma de suas percepções foi de que tanto do ponto de vista das acusadas, como das autoridades entrevistadas, essas mulheres não são consideradas criminosas. Os relatos foram no sentido de que na vida dessas mulheres a prática do crime é uma exceção. A autora constatou o amplo impacto que um processo público acarretou na vida dessas mulheres, já que no aborto vigora a clandestinidade e o cultivo do segredo. Muitas dessas mulheres, em suas oitivas, sentiram-se coagidas a responder que se sentiam arrependidas da prática do aborto ou mesmo a confessar o fato.

Ao tratar do que chamam tipos penais de gênero (aborto, infanticídio e abandono de incapaz), Borges e Coelho Netto (2013, p. 330 e 333) assinalam que uma de suas particularidades é

O fato bastante relevante de os três crimes terem baixíssima aplicabilidade no âmbito da execução penal, ou seja, na maioria das vezes estas práticas não recebem punição formal, ou institucionalizada na forma do poder judiciário.

[...]

Além disso, pode-se comprovar ao se fazer uma breve análise processual penal que o processo contra quem comete aborto é apenas formalidade, já que em raríssimos casos uma mulher será reclusa por conta desta prática.

Os autores explicam que, ao se instaurar inquérito policial para investigar o crime de aborto, terá que ser colhido indícios de que a autora provocou ou permitiu que fosse feito aborto em si mesma. Será necessário o exame de cadáver do feto. Aqui já se encontram os primeiros problemas, sendo difícil a materialização das provas, tendo em vista que os abortos são feitos na clandestinidade, em casa, ou em clínicas ilegais. Há ainda o fato de que, se encontrado o feto, o exame tem que comprovar o nexo de causalidade entre a morte do feto e ação da gestante ou de terceiro. Caso tudo isso ocorra, deverá ainda ser suficiente para convencer o Ministério Público, a oferecer denúncia, e, mesmo após, pode ainda vir a pedir a absolvição a depender da instrução probatória, sendo que, no caso do aborto, cabe a suspensão condicional do processo com base na Lei 9.099/95, que, se for aceita pela mulher, acarretará a extinção do processo após um período de cumprimento de determinadas condições. Se em última instância, a mulher for a julgamento pelo Tribunal do Júri, com pena máxima de três anos, poderá cumprir em meio aberto.

Na análise da criminalização secundária, interessa saber quem efetivamente são as mulheres processadas pela prática do aborto. Há algumas pesquisas neste sentido, mas que

não dão conta de expressar a magnitude do aborto no Brasil, uma vez que as pesquisas que trabalham com o universo das mulheres processadas por aborto refletem os abortos que não deram certo, geraram complicações e foram descobertos. Normalmente são os abortos feitos em condições precárias, em estágio um pouco mais avançado de gravidez, por mulheres negras, pobres e de menor escolaridade que não têm condições de pagar por um aborto seguro, realizado por médicos, em lugares com boa estrutura médica e de atendimento.

São essas mulheres mais vulneráveis que acabam sendo selecionadas pela tipificação penal do aborto no Brasil. Gonçalves e Rosendo (2015, p. 306) destacam que, mesmo se tratando de aborto legal, no Brasil, as mulheres têm excepcional dificuldade em acessar esse serviço, nos centros urbanos ou em áreas rurais e essa situação expõe a riscos de saúde sexual e reprodutiva – em muitos casos a própria vida das mulheres corre perigo – principalmente as mulheres de baixa renda, estabelecendo uma desigualdade entre as próprias mulheres.

Pesquisa recente realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2018) conseguiu analisar 55 processos criminais de aborto, em trâmite no estado do Rio de Janeiro, a que teve acesso, de um universo de 75 processos revelados, após dados fornecidos pelo próprio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, compreendendo os artigos 124, 125 e 126, que foram distribuídos entre os anos de 2005 e 2017. Um dado interessante dessa pesquisa é que, nessa amostra, alguns processos se referiam a abortos ocorridos em clínicas clandestinas descobertas após investigação policial. Foi possível observar determinadas distinções entre os perfis de mulheres que realizam o aborto sozinha ou em clínicas.

A pesquisa apontou que as mulheres que realizam o aborto fora de clínicas costumam ingerir o medicamento “Citotec” ou chás abortivos. Em geral, quem a denunciou foi o próprio hospital, que a mulher procurou após hemorragias, dores ou outros sintomas, ou familiares que não sabiam como proceder em relação ao feto ou pediram ajuda para socorrer a mulher que abortava em casa. Num dos casos, o policial de plantão no hospital foi chamado enquanto a mulher era atendida, tendo o policial falado que era assistente social para obtenção de confissão da ré. Na maioria, 60% das mulheres eram negras e 65% tinham filhos. Só três mulheres tinham gestação abaixo de 12 semanas (16,6% dos casos com informação de um total de 83,3%)

Em relação a essas mulheres, observa a pesquisa:

A situação dessas mulheres é de extrema vulnerabilidade, pois, como regra, elas recorrem ao atendimento médico porque se sentiram muito mal em casa, vindo a abortar, muitas vezes, no local onde foram atendidas. Constatou-se que é comum

que a mulher se demore a decidir pelo aborto por medo de ser descoberta, realizando o procedimento com a gravidez já em estágio avançado, sofrendo de forma mais drástica os efeitos do procedimento de interrupção da gestação. Notou-se também que muitas abortam no banheiro do hospital e são hostilizadas pelos médicos e enfermeiros que deveriam auxiliá-la a entender o que ocorreu. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 10).

Quanto às mulheres que buscaram uma clínica para realizar o aborto, detectou a pesquisa que

O perfil da mulher que vai até uma clínica particular realizar o procedimento de interrupção da gravidez é diferente do perfil da mulher que se vale de outros métodos, como a ingestão de medicamentos e chás abortivos, especialmente no que diz respeito ao tempo de gravidez. Em todos os casos em que se tem informação, a gestação estava abaixo de 12 semanas, o que indica que a mulher que pode pagar pelo procedimento, consegue tomar a decisão com mais rapidez.

Essas mulheres eram, em sua maioria, brancas e de maior escolaridade. Em 19 casos, foi possível constatar que o valor pago oscilou de R\$ 600,00 a R\$ 4.500,00. Apesar da situação de risco em que realizam procedimentos, pois quase nunca podem perguntar como vai ser realizado e, muitas vezes, têm que comparecer desacompanhadas e sem celular, além de sofrerem o risco de serem flagradas pela polícia, estas mulheres estão em melhor situação, na medida em que é mais comum ter a participação de um médico, além tomarem a decisão bem mais cedo, com a gravidez na fase inicial.

Santos (1978, p. 22) destaca que

A experiência histórica parece demonstrar que o custo social indireto de uma política restritiva é muito mais significativo do que o de uma política permissiva, nos limites das indicações terapêuticas e humanitárias, em condições hospitalares adequadas, e mediante o controle da necessidade (ou conveniência). Em uma sociedade de classes, edificada sobre a exploração e a miséria, essas medidas estão muito distantes das questões centrais de formação social, mas tem a sua importância: o aborto ilegal afeta, principalmente, as mulheres das classes depossuídas e mais exploradas da população.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou 30 *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em setembro de 2017, em favor de mulheres que tinham praticado aborto – a partir de dados disponibilizados pelo próprio Tribunal de Justiça. Referidos casos foram selecionados após solicitação de dados sobre processos de aborto em andamento feita diretamente ao Tribunal de Justiça pelo Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher.

Os *habeas corpus* foram impetrados apenas para as mulheres incriminadas pelo artigo 124 do Código Penal. A lista tinha inicialmente 55 casos que foram reduzidos para 30, em que fosse possível ainda a impetração da garantia constitucional.

Foi feita análise desses processos para estabelecer um perfil da mulher processada por aborto, bem como das circunstâncias em que foi praticado e seus desfechos processuais, enfim, análise da criminalização secundária da mulher que aborta: “O perfil dessas mulheres é, assim, bastante claro: são jovens em idade reprodutiva, já são mães e as principais responsáveis pelo sustento da casa, são pouco educadas e pobres. São primárias. Não são criminosas” (2018, p. 8).

Segundo o levantamento efetuado, as mulheres são incriminadas a partir de denúncias dos profissionais de saúde que as atendem em equipamentos do Sistema Único de Saúde, o que ocorreu em 56,6% dos casos. Sendo que, em 70% dos casos, houve quebra do sigilo profissional nos processos analisados. Das 30 ações analisadas, constatou-se que 20 hospitais forneceram documentos médicos da paciente acusada da prática do crime. Somente um hospital informou que não disponibilizaria os documentos em face do dever ético de sigilo. Os métodos usados na maioria dos casos foi o “citotec”. Isso em 21 casos. Nos processos analisados o aborto tinha sido provocado entre dezembro de 2003 e dezembro de 2016.

Em 19 ações, as mulheres estavam em cumprimento de suspensão condicional do processo, envolvendo diversas restrições à liberdade, como a proibição de frequentar determinados lugares, de não viajar por mais de 8 dias sem autorização judicial, de mudar de endereço sem comunicação ao Poder Judiciário, de prestação de serviço à comunidade, de comparecimento periódico para justificar as atividades perante o Poder Judiciário. Não foram concedidos 83% dos *habeas corpus* impetrados. Alegou-se atipicidade do crime de aborto, falta de justa causa por ilegalidade de provas e falta de materialidade delitiva, sendo que

A falta de materialidade também é de fácil percepção, havendo ações penais sem nenhuma prova de gestação e de abortamento, ações penais em que o método utilizado para provocar sequer foi mencionado, e diversas ações penais em que não há prova de causalidade. Ainda assim, a polícia e Ministério Público insistem nos processos de criminalização. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2018, *on-line*).

São poucas as pesquisas que abordam o comportamento do Poder Judiciário em relação ao aborto no Brasil, como bem observado por Gonçalves e Lapa (2010, p. 55) que identificaram 781 casos, a partir da pesquisa Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros, no período de 2001 a 2006. A pesquisa abrangeu os Tribunais Superiores e Tribunais Estaduais a

partir da pesquisa pela palavra “aborto” nos respectivos sítios desses tribunais. No período, foram encontrados pelas autoras 130 casos envolvendo a prática de aborto clandestino e principalmente envolvendo a criminalização do terceiro (artigos 125 e 126 do Código Penal) e 50 casos de autoaborto (artigo 124): “Nota-se que esses abortos criminalizados são, em geral, procedimentos em que houve complicações (como hemorragias), que levaram a mulher aos serviços públicos de saúde, revelando a ocorrência da prática do aborto”.

Outra pesquisa que analisa processos de mulheres incriminadas por aborto no estado do Rio de Janeiro de 2012, também a partir de dados fornecidos pelo próprio Tribunal de Justiça de processos criminais entre 2006 e 2010, mostra que a incidência de mulheres processadas é mais que residual e acaba ocorrendo quando clínicas onde se realizam abortos são investigadas e descobertas:

Isso nos faz pensar em dois elementos: o primeiro é que a entrada destas mulheres dependeria muito mais de políticas do executivo (políticas de segurança), que são sazonais e localizadas. Tais políticas não necessariamente atingem toda a cidade ou todo o estado ao mesmo tempo. O segundo elemento foi o reforçado por um dos entrevistados, que chegou a dizer que se fazia nos Tribunais do Júri, uma espécie de “legalização informal do aborto”, pois seria comum o oferecimento da suspensão condicional do processo, instrumento jurídico que interrompe o processamento da ação e a produção de provas. Dessa forma, não ocorre a análise do mérito da questão, não se determinando se há autoria e materialidade na conduta a ser imputada como criminosa. (CUNHA; NORONHA; VESTENA, 2012, p. 217).

No relatório final da pesquisa “Mulheres Incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça”, Cunha, Noronha e Vestena (2017) afirmam que comparando a pesquisa realizada com a Pesquisa Nacional de Aborto (DINIZ; MEDEIROS, 2010) chegaram a importante informação sobre o sistema de justiça: de um lado se tem um conjunto geral de informações sobre mulheres que abortam, cujo perfil é bem aberto, mulheres de diversos grupos sociais afirmaram ter realizado aborto; de outro lado se tem um contexto específico, o subconjunto de mulheres que abortaram, que foram introduzidas no sistema de justiça. Esse subconjunto não é uma representação simétrica do conjunto total, ou seja, apresenta diferenças de perfil. Ou seja, do universo total de mulheres que abortam, apenas algumas – mais jovens, desempregadas ou em situação informal, negras, com baixa escolaridade, moradora de áreas periféricas – foram capturadas pelo sistema.

Essa mesma pesquisa demonstrou que a incidência de entrada no sistema de justiça se dá via profissional de saúde ou de policial militar (de plantão no posto de saúde), isto é, é muito comum que uma mulher seja incriminada por aborto quando ela utiliza um método

abortivo “caseiro” (remédios obtidos no mercado paralelo e outros métodos) do que quando ela recorre à clínica.

Observa-se, portanto, que no universo das mulheres que são processadas por aborto, as denúncias chegam, em grande parte, pelos profissionais de saúde que as atenderam em franca violação do sigilo médico, que deveria ser resguardado para que pudesse ocorrer o atendimento à saúde de forma segura e sem medo. No entanto ter uma complicação decorrente de um aborto inseguro e precisar procurar os serviços de saúde pode significar para essas mulheres ser presas e processadas⁵¹.

Ocorre o oposto do que é preconizado pelo Ministério da Saúde quando determina atenção humanizada ao aborto por meio da “Norma Técnica do Ministério da Saúde sobre Atenção Humanizada ao Abortamento” (BRASIL, 2005a, p.17):

Quando as mulheres chegam aos serviços de saúde em processo de abortamento, sua experiência é física, emocional e social. Geralmente, elas verbalizam as queixas físicas, demandando solução, e calam-se sobre suas vivências e sentimentos. A mulher que chega ao serviço de saúde abortando está passando por um momento difícil e pode ter sentimentos de solidão, angústia, ansiedade, culpa, autocensura, medo de falar, de ser punida, de ser humilhada, sensação de incapacidade de engravidar novamente. Todos esses sentimentos se misturam no momento da decisão pela interrupção, sendo que para a maioria das mulheres, no momento do pós-abortamento, sobressai o sentimento de alívio. O acolhimento e a orientação são elementos importantes para uma atenção de qualidade e humanizada às mulheres em situação de abortamento. Acolher, segundo o dicionário Aurélio é: “dar acolhida a, atender, dar crédito a, dar ouvidos a, admitir, aceitar, tomar em consideração”. Pode também ser definido como “receber bem, ouvir a demanda, buscar formas de compreendê-la e solidarizar-se com ela” (Paidéia, s/d).

Ainda, a “Norma Técnica do Ministério da Saúde sobre Atenção Humanizada ao Abortamento”, ao tratar do sigilo profissional em caso de aborto, recomenda aos profissionais de saúde:

Diante de abortamento espontâneo ou provocado, o(a) médico(a) ou qualquer profissional de saúde não pode comunicar o fato à autoridade policial, judicial, nem ao Ministério Público, pois o sigilo na prática profissional da assistência à saúde é dever legal e ético, salvo para proteção da usuária e com o seu consentimento. O não cumprimento da norma legal pode ensejar procedimento criminal, civil e ético profissional contra quem revelou a informação, respondendo por todos os danos causados à mulher. (BRASIL, 2005a, p. 14).

E explica que quanto à paciente menor de idade:

⁵¹ Ver a respeito da violação do sigilo médico nos casos de aborto artigo de Melo e Coral (2017), “Sigilo Médico e aborto sob a ótica do direito à privacidade e do direito da à saúde reprodutiva”, que trata de forma aprofundada o tema.

Código de Ética Médica: “é vedado ao médico revelar segredo profissional referente a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, desde que o adolescente tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-los, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente” (art. 103).

[...]

A assistência à saúde da menor de 18 anos em abortamento deve, pois, submeter-se ao princípio da proteção integral. Se a revelação for feita para preservá-la de danos, estaria afastado o crime de revelação de segredo profissional. Entretanto, a revelação do fato também pode lhe acarretar prejuízos ainda mais graves, como o seu afastamento do serviço de saúde e perda da confiança nos profissionais que a assistem. A decisão, qualquer que seja, deve estar justificada no prontuário da adolescente. (BRASIL, 2005a, p. 14-15, grifo do autor).

Em 2017 o Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher – NUDEM – da Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou 30 *habeas corpus* em casos de aborto.⁵² Uma das teses que foi utilizada refere-se à prova ilícita oriunda da quebra de sigilo médico.

Observada em boa parte dos casos, a violação do sigilo médico em casos de aborto ainda ocorre com frequência, já que prontuários médicos são comumente requisitados e obtidos por delegados de polícia, promotores e juízes – sendo que as mais afetadas são as mulheres de baixa renda, tanto pela criminalização quanto pelos riscos à saúde a que se submetem ao realizar abortos clandestinos. Várias dessas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo referendaram a quebra do sigilo médico:

O enfermeiro, responsável por seu atendimento, percebeu indícios de um aborto provocado, razão pela qual compareceu à Delegacia de Polícia e comunicou o fato à autoridade policial.

Outrossim, não se reconhece ilicitude de provas em função da alegada afronta ao direito à intimidade e ao dever de sigilo profissional.

É que esse direito fundamental não é absoluto. Aliás, é de rigor a ponderação deste em relação às demais garantias constitucionais.

Assim, e embora nesta feita não se expresse juízo terminante acerca do mérito, não se pode coartar a apuração de conduta prevista como crime doloso, especialmente como o ora imputado (contra a vida), para assegurar o direito à inviolabilidade da intimidade (artigo 5º, X, da Constituição da República) ou dever de sigilo profissional (artigo 154 do Código Penal). (*Habeas Corpus* nº 2188893-48.2017.8.26.0000, da Comarca de Apiaí, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 07/12/2017). (SÃO PAULO, 2017b, *on-line*).

O que também se mostra imprescindível no que se refere à suposta quebra de sigilo profissional, porquanto, neste último aspecto, é sabido que “o sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme depreende-se da leitura dos respectivos dispositivos do Código de Ética” (STJ, RMS 11453/SP, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17/06/2003). (*Habeas Corpus* nº 2188913-39.2017.8.26.0000, da

⁵² A partir de levantamento efetuado sobre quantas mulheres estariam sendo processadas por aborto no Estado de São Paulo e dados fornecidos pelo próprio Tribunal foram selecionados 30 casos em que se impetraram os *habeas corpus*. Ver a respeito a publicação “30 *Habeas Corpus*: a vida e o processo de mulheres acusadas da prática de aborto em São Paulo” (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2018).

Comarca de Birigüi, Rel. Des. Sergio Coelho, j. 09/11/2017). (SÃO PAULO, 2017g, *on-line*).

Conforme boletim de ocorrência de fls. 36/37, o médico plantonista que atendeu JACKELINE narrou que ela esclareceu que estava grávida de aproximadamente quatro meses e, visando interromper a gestação, fez uso do referido medicamento. Contudo, teve sangramento, daí porque procurou atendimento médico. Prosseguiu relatando que foi solicitada sua internação junto à Santa Casa local, mas os responsáveis alegaram que somente aceitariam a paciente caso o boletim de ocorrência fosse lavrado, daí porque comunicou os fatos à autoridade policial. No que tange à alegação de ausência de justa causa para a propositura da ação penal, face à ilicitude dos elementos de prova, aduzindo a afronta ao direito à intimidade pela violação do sigilo profissional por meio da *notitia criminis* apresentada contra a paciente, também não merece guarida. A uma porque questões atinentes à conduta do médico devem ser analisadas durante a instrução criminal.

A duas porque não se pode, diante de tal fato, obstar o dever do Estado em investigar condutas que infrinjam disposto no ordenamento jurídico.

A três porque o indivíduo, quando inserido em sociedade, não dispõe de liberdade absoluta, devendo submeter-se às regras entabuladas e, caso não haja sua realização, estará sujeito à persecução criminal e, se restar provado o cometimento do delito, ser-lhe-á imposta determinada pena. Assim, evidente que quaisquer direitos devem ser balizados e ponderados, daí porque não se há falar em acolhimento absoluto de um, em detrimento do outro e, no caso em tela, é certo que a prova indica que houve a prática do aborto, havendo assim lastro probatório para oferecimento da denúncia, tal como ocorreu. Habeas Corpus nº 2188901-25.2017.8.26.0000, da Comarca de Batatais, Rel. Des. Carlos Monnerat, j. 07/12/2017). (SÃO PAULO, 2017h, *on-line*).

Entretanto, o laudo pericial acostado aos autos foi realizado de forma indireta, com base na ficha de atendimento ambulatorial do Pronto Socorro da Santa Casa de Misericórdia de Guararema, a qual, por sua vez, refere-se ao aborto como mera “hipótese diagnóstica”, decorrente, ao que consta, do próprio relato da paciente, sem mencionar, entretanto, quaisquer exames que tenham levado à confirmação da hipótese diagnóstica preliminar. (Habeas Corpus nº 2188911-69.2017.8.26.0000, da Comarca de Guararema, Rel. Des. Leme Garcia, j. 24/10/2017). (SÃO PAULO, 2017i, *on-line*).

4. Violação do “dever de sigilo médico” x prova ilícita. Inexistência. Relativização. Isto porque, não se pode, em nenhum caso, permitir que o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade privada (violação ao dever do sigilo médico) sirva como salvo conduto para impedir a exata apuração de um fato delituoso. A uma, porque embora o dever de “sigilo médico” seja obrigatório, sob pena de tipificação do crime previsto no art. 154, do Código Penal (“revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”) e de violação ao princípio constitucional da intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal), relembro que ele não é nem pode ser visto como absoluto. Inteligência da doutrina de Nelson Hungria e Konrad Hesse. Precedente do STF (MS 23.452/RJ Rel. Min. Celso de Mello Tribunal Pleno j. 16.09.1999 DJe 12.05.2000). A duas, porque somente em um sentido de consciência profissional arraigado a preconceitos de classe já ultrapassados e de equívoca noção de ética médica é que se poderia considerar como “ilícita” prova decorrente de “notitia criminis” oriunda de comunicação realizada pelo médico que atendeu o paciente, aqui a paciente, ainda mais porque se trata de apuração de fato criminoso de amplo conhecimento pela sociedade. Até porque, a deontologia médica não tem seus princípios feridos com a solução imposta pela ordem judicial, principalmente porque, no cotejo do bem jurídico particular tutelado e o superior interesse social, a proteção deste último deve prevalecer, tanto mais que o primeiro, no caso, é disponível! Inteligência da doutrina de José Duarte. A três,

porque embora se saiba que os preceitos do Código de Ética Médica, elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, sejam de obediência obrigatória pelos médicos, destaco que por se tratar de Resolução (Resolução n. 1.931, de 17 de setembro de 2009, do Conselho Federal de Medicina), nunca prevalecerá sobre as normas legais e jurídicas de maior relevância, que tutelam interesses superiores da coletividade, especialmente os da Justiça Criminal, como no caso em tela, onde há um conflito entre diversos direitos e princípios. Precedente do STF (RE 91.218/SP Rel. Min. Djaci Falcão Voto Min. Cordeiro Guerra 2ª T j. 10.11.1981 DJe 16.04.1982).

Até porque, no caso em tela, não me parece, nem de perto nem de longe, que haveria violação ao direito à intimidade pela violação do sigilo profissional através da “notitia criminis” apresentada pelo médico contra a paciente (o que, sob o ponto de vista da defesa, tornaria a prova ilícita). Isto porque, não se pode, em nenhum caso, permitir que o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade privada (violação ao dever de sigilo médico) sirva como salvo conduto para impedir a exata apuração de um fato delituoso. (Habeas Corpus nº 2188894-33.2017.8.26.0000, da Comarca de Hortolândia, rel. Des. Aírton Vieira, j. 24/10/2017). (SÃO PAULO, 2017c, *on-line*).

Isto porque o direito à intimidade e o dever de sigilo profissional não são absolutos, devendo ser ponderados com as demais normas que integram o ordenamento jurídico, não podendo prevalecer sobre o interesse público na apuração de fato tipificado como crime. (Habeas Corpus nº 2188904-77.2017.8.26.0000, da Comarca de Jaú, Rel. Des. Diniz Fernando, j. 05/02/2018). (SÃO PAULO, 2018a, *on-line*).

Há também julgado em sentido contrário, argumentando contra a prova produzida e declarando-a ilícita em virtude da violação de sigilo médico:

Conforme se verifica do documento referido, guia de encaminhamento de cadáver, há anotação realizada pela médica, que ultrapassa o necessário para as informações de destinação do documento e viola o sigilo profissional. A médica registrou, além de diversas informações:

“mãe compareceu no pronto-socorro de ginecologia, onde constatou-se medicação intravaginal abortiva” (fl. 194). Bem, não fosse a médica efetuar o registro desta informação no documento, que recebeu sob o sigilo médico, e encaminhá-la para a delegacia, não haveria prova alguma contra a acusada e a persecução criminal não teria sido instaurada. As outras informações que constam no documento em tela eram devidas para os encaminhamentos que se apontavam necessários naquele momento. Mas por que uma médica viola o sigilo médico e registra naquele documento a anotação supra? Esta reprovável ação da médica, caracteriza-se por ter produzido prova ilícita, na medida em que feriu o princípio constitucional da tutela à intimidade e um dos fundamentos da República Brasileira, agasalhado no artigo 3º da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana.

Sob o manto destes princípios e valores fundantes é que se encontra o direito ao segredo profissional, com normativa que pode ser encontrada: no artigo 154 do Código Penal (que tipifica o crime de revelação de segredo, sem justa causa, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem); artigo 207 do Código de Processo Penal (estabelece a proibição de depor para as pessoas que devem guardar segredo em função de ministério, ofício ou profissão); no artigo 229, inciso I do Código Civil; artigos 347, inciso II e 406, inciso II do Código de Processo Civil; além do Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina. (Habeas Corpus nº 2188896-03.2017.8.26.0000, Rel. Des. Kenarik Boujikian, j. 08/03/2018). (SÃO PAULO, 2018b, *on-line*).

Observa-se, portanto, quando ocorre a quebra de sigilo médico, é que a mulher que pratica o aborto acaba dando entrada no Sistema de Justiça Criminal, porém já de forma a violar direitos além dos quais a própria criminalização do aborto impõe.

Merece destaque a pesquisa de Danielle Ardaillon (2000)⁵³, retratada no artigo: “Para uma cidadania de corpo inteiro: a insustentável ilicitude do aborto”. Ela afirma que o aborto é de fato um crime raramente punido quando as acusadas são as gestantes, caso do aborto praticado em si mesma e levemente penalizado no caso das “parteiras”, “enfermeiras” e outros agentes. E diz não se tratar de uma simples impunidade decorrente de desleixo ou de descaso, pelo contrário, haveria um paradoxo que merece atenção. Aponta que haveria no caso do aborto um enorme investimento social na sua proibição (leis, polícia, prisão), associado à pouca insistência na sua penalização de fato. Esta constatação autorizaria a hipótese de que sua punição não interessaria realmente à sociedade. O Estado habitado por esse paradoxo persegue e maltrata, mas não pune.

Ardaillon (2000, p. 10) chegou a essas conclusões após realizar pesquisa empírica nos Tribunais do Júri de Pinheiros, Santo Amaro e Jabaquara, todos de São Paulo/SP, há mais de 20 anos. Fez a pesquisa através de exame dos fichários de acompanhamento dos inquéritos e processos que eram anotados manualmente pelos escreventes dos respectivos cartórios. Iniciou o levantamento pelo Tribunal do Júri do Fórum Regional de Pinheiros e relacionou cerca de 27 inquéritos policiais no período compreendido entre 1988 e 1992 e 4 processos julgados. Escolheu 9 casos de anos diferentes. Nesse rol, constatou que a maior parte dos processos de aborto consistiam apenas em inquéritos policiais que não haviam conseguido reunir um conjunto de indícios comprobatórios suficientes para embasar a denúncia do promotor e acarretar a aceitação desta por parte do juiz para que a ação penal pudesse prosseguir.

O segundo Tribunal do Júri pesquisado foi o de Santo Amaro, com o mesmo processo de coleta, ou seja, as fichas em que estava escrito “aborto” e foram escolhidos 13 processos. Também se verificou que todos eram inquéritos arquivados. A maioria, averiguações de “encontros de fetos”, qualificados pela Polícia como “abortos”. Até essa altura da pesquisa, os documentos se referiam à inquéritos arquivados ou processos com sentença de “impronúncia”, ou seja, também sem passar pelo julgamento do júri popular. A autora relata

⁵³ A autora defendeu tese de doutorado, em 1997, no Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Sociais da Universidade de São Paulo, sobre o tema do aborto: “Cidadania de corpo inteiro: discursos sobre aborto em número e gênero”.

que parecia haver algo no crime de aborto que dificultava o seu tratamento jurídico. Então resolveu fazer um levantamento maior no Tribunal do Júri do Jabaquara, pegando um intervalo de tempo maior, décadas de 1970 e 1980. Levantou 765 decisões no decorrer de 20 anos (entre 1970 e 1989). O percentual de condenação pelo júri foi de 4%, sendo que somente 13% dos casos tinham ido a julgamento. Ou seja, em 87% dos casos não foi possível a configuração delitiva, ou seja, não foi possível reunir elementos que comprovassem a existência do crime de aborto.

As dificuldades probatórias se encontram entre “autoria” e “materialidade”. Dessa forma, só se provoca aborto numa mulher em que a gravidez esteja comprovada. Se não estiver comprovada não pode afirmar que se praticou um aborto. Nos processos é difícil reunir elementos probatórios que possam atestar a gravidez em circunstâncias de clandestinidade e segredo em que o aborto é realizado. Ainda há necessidade de se provar que o aborto foi provocado, que não ocorreu espontaneamente:

Materialidade e autoria constituem um todo facetado entre a intenção de cometer o crime, a ação para provocá-lo e a sua consumação; este conjunto configura uma rede de relações de causa e efeito, com malhas mais ou menos frouxas por onde se insinuam e se instauram todas as dúvidas possíveis. É aí que pode ser evidenciada toda a ambiguidade da sistemática de julgamento, é nessa rede que se desenham os caminhos da interpretação de um fato e da atribuição do qualificativo de criminoso a este fato. (ARDAILLON, 2000, p. 14).

Muitos inquéritos são de fetos encontrados em locais públicos. Nesses dificilmente se encontram testemunhas ou as gestantes. Mesmo o exame de corpo de delito realizado quando se encontra o feto, muitas vezes, não consegue comprovar as causas de óbito do feto (aborto espontâneo ou provocado), tampouco relação de causalidade entre um comportamento da gestante e a morte do feto. Nessa hipótese, a legislação obriga os policiais a se ocuparem por anos, com averiguações de “aborto” que estão fadadas, desde seu início, ao arquivamento. Há apenas o vestígio de um crime cuja autora, anônima para sempre, é vítima.

Trata-se de um crime de difícil comprovação e por isso mesmo é fértil terreno para debates retóricos onde se entrecruzam os argumentos biológicos e jurídicos: havia gravidez? era atraso de ciclo? houve sangramentos anteriores? foi aborto espontâneo? uma queda de escada pode provocar ou não uma rotura de útero? etc. Houve aborto? Houve crime? A materialidade deste fato não é tão facilmente comprovada, nem a sua autoria tão diretamente atribuível, como se poderia pensar de início. De fato, antes de um aborto tem que ter havido uma gravidez plenamente comprovada; a interrupção dessa gravidez tem que ter sido provocada com real intenção de abortar; tem que haver um feto, e se achado o feto, ele tem que ser daquela mulher que, supõe-se, abortou. (ARDAILLON, 2000, p. 17).

De todo o exposto, o que se denota é que a criminalização secundária do aborto não condiz com a propalada gravidade do atentado contra a vida e sua necessidade de punição, como frequentemente alardeado pelos defensores de sua criminalização. Ao que parece, o sistema de justiça encontra inúmeras dificuldades probatórias (materialidade, nexos de causalidade etc.) dos casos que chegam ao seu conhecimento e que nem deveriam chegar se fosse respeitado o sigilo médico. Ou seja, utiliza-se o direito penal tão somente para empurrar centenas de mulheres negras, pardas, pobres e de menos escolaridade para o aborto inseguro e para a morte ou sequelas irreparáveis.

O próximo capítulo vai mostrar uma situação que não mudou em quase nada desde os achados de Ardaillon da década de 1970, 1980 até o início da de 1990.

3.3.1 Análise dos inquéritos policiais e processos criminais de aborto no I Tribunal do Júri de São Paulo de 1990 a 2012 e “descriminalização de fato”

Ao longo da elaboração da tese, puderam ser constatados os inúmeros entraves e dificuldades em realizar pesquisa sócio-jurídica. Com toda a certeza, analisar documentos produzidos pelo Poder Judiciário, ou seja, tomar como objeto de análise centenas de processos judiciais é uma tarefa árdua a começar por sua identificação, depois localização e depois perceber quantas inconsistências há nos dados, que ora aparecem em alguns registros, ora não aparecem.

Os processos foram coletados a partir de pesquisa nos livros de registros de feitos arquivados no cartório do I Tribunal do Júri de São Paulo. Esses livros iniciam-se com anotações à caneta e pelos diversos escreventes que lá trabalharam e/ou trabalham. Os últimos volumes já são formados a partir de folhas impressas em impressoras ainda matriciais. Como são diversos os escreventes que fazem as anotações, nem sempre se encontra o mesmo dado em todas as folhas e vários processos não foram localizados no arquivo geral do Tribunal de Justiça pelas dificuldades de anotação dos registros de arquivamento dos inquéritos e processos nos livros consultados.

O período escolhido visava investigar se haveria algum impacto nos processos de aborto, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos constitucionais já

abordados na parte 2 deste trabalho e foi até 2012, quando os registros de feitos passaram a ser totalmente informatizados e os livros não foram mais preenchidos. Essa metodologia empregada acabou tornando possível a descoberta de inquéritos policiais de aborto que foram arquivados e se revelaram o maior volume de dados na pesquisa. Depois de 2012, com a informatização, não estão mais visíveis e disponíveis os dados de inquéritos arquivados.

O objetivo buscado neste capítulo foi responder à pergunta se a criminalização secundária, realizada pelos agentes responsáveis por fazer cumprir a lei, é efetiva quando se trata do aborto. Interessava a esta pesquisa principalmente saber o que estava ocorrendo com as mulheres processadas por aborto quanto ao desfecho de seus processos. Estavam elas sendo condenadas ou absolvidas? Ou seja, como se efetivava a criminalização secundária? A hipótese, a princípio, levantada era a de que, embora o aborto seja considerado crime pelo Código Penal (criminalização primária), a criminalização secundária é débil e não se faz efetiva pelo Sistema de Justiça. Além desse escopo foram levantados outros dados, quantitativos e qualitativos, a fim de mapear minimamente quem é essa mulher, em que circunstâncias pratica o aborto, como vai parar no sistema criminal, o que costuma acontecer etc. Os dados que foram buscados foram:

a) dados pessoais das rés: quem são as mulheres processadas por aborto?

- idade;
- profissão;
- raça/etnia;
- renda;
- estado civil;
- se tem filhos ou não e quantos;
- grau de instrução – escolaridade.

b) dados sobre os processos:

- arquivados;
- suspensão do processo;
- sentenciados – condenação, absolvição.

c) outros dados:

- quem noticiou o crime? (familiar; médico/profissional de saúde; denúncia anônima; outro);

- tomou a decisão sozinha? Teve participação do pai?
- métodos utilizados para o aborto;
- é possível identificar nos discursos dos atores (polícia, promotor, defensor, juiz e testemunhas) e nos discursos das testemunhas representações acerca da maternidade/paternidade, do papel da mulher, da sexualidade ou de estereótipos a respeito da mulher?
- é possível identificar a presença de argumentos de natureza religiosa ou moral contra o aborto?
- é utilizado o argumento do direito à vida como direito absoluto?

A pesquisa – individual – e limitada a uma tese de doutorado não dispunha de recursos para realizar algo de grande magnitude, por essa razão foram analisados os inquéritos e processos do Primeiro Tribunal do Júri da Capital, porém cobrindo um período de tempo mais longo, dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, de 1990 até 2012.

Esses são os limites dados que não permitem grandes extrapolações e generalizações geográficas, mas acredita-se que sejam suficientes para um primeiro olhar num universo tão escasso de pesquisas que tenham por fonte primária processos judiciais, dialoga-se, em alguns pontos, com as poucas existentes.

O que foi possível observar é que o preenchimento de dados pessoais e caracterizadores das rés, na fase de inquérito policial, nem sempre é realizado, bem como perguntas e formulários sofreram algumas variações ao longo do tempo. Ou seja, observa-se ausência de preocupação por parte do Sistema de Justiça na coleta de dados para possível sistematização e análise de modo a subsidiar políticas de segurança pública, de acesso à Justiça etc.

No período compreendido entre 1990 e 2012, foram levantados cerca de 518 registros de feitos nos livros pesquisados no Primeiro Tribunal do Júri. Desses 518 registros só se obteve acesso a 143 processos que estavam arquivados. Não foi possível localizar todos os registros no arquivo geral, uma vez que, muitas vezes, a numeração constante nos livros de registro de feitos a respeito do arquivamento (número de pacote, caixa etc.) não era encontrada ou mesmo não havia a numeração do arquivamento no livro de registro de feitos para determinados processos, o que impossibilitou totalmente a localização daqueles autos

processuais no Arquivo Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Então os dados que foram compilados referem-se a 143 processos de um total de 518 que foram localizados.

Esses 143 foram desarquivados e lidos na íntegra até mesmo porque inicialmente se pretendeu analisar narrativas e discursos dos operadores do Sistema de Justiça que operam no sistema criminal. Entretanto, como 91% se tratou de autos de inquérito policial foi possível captar apenas a parte de coleta de provas, oitiva de testemunhas, laudos periciais, dados sobre as mulheres que abortam, suas histórias e o papel do Ministério Público, apenas na fase inicial, pré-processual, que em 91% dos casos requereu o arquivamento do inquérito por insuficiência probatória, havendo a concordância do Juiz.

A competência dos Tribunais do Júri da cidade de São Paulo dá-se por divisão entre eles de Delegacias de Polícia (DPs), incluídas as Delegacias de Defesa da Mulher (DDMs). Cabe ao Primeiro Tribunal do Júri da Capital as seguintes DPs e DDMs:

- 1ª DP Rua da Glória, 410 – Liberdade;
- 2ª DP Rua Jaraguá, 383 – Bom Retiro;
- 3ª DP Rua Aurora, 322 – Santa Efigênia;
- 4ª DP Rua Marquês de Paranaguá, 246 – Consolação;
- 5ª DP Rua Prof. Antonio Prudente, 160 – Liberdade;
- 6ª DP Rua Hermínio Lemos, 70 – Cambuci;
- 8ª DP Rua Sapucaia, 206 – Brás;
- 12ª DP Rua Rio Bonito, 950 – Brás;
- 16ª DP Av. Onze de Junho, 89 – Vila Clementino;
- 17ª DP Rua Dom Luiz Lazagna, 534 – Ipiranga;
- 18ª DP Rua Juventus, 350 – Alto da Mooca;
- 26ª DP Av. Padre Arlindo Vieira, 50 – Sacomã;
- 27ª DP Rua Demóstenes, 407 – Campo Belo;
- 29ª DP Av. Sapopemba, 3259 – Vila Diva;
- 32ª DP Rua Sabbado D'Angelo, 64 – Itaquera;
- 35ª DP Av. Engenheiro George Corbisier, 322 – Jabaquara;
- 36ª DP Rua Tutóia, 921 – Vila Mariana;
- 42ª DP Av. Oratório, 1588 – Parque São Lucas;
- 44ª DP Rua Salvador Gianetti, 386 – Guaianazes;
- 49ª DP Av. Ragueb Chohfi, 870 – São Mateus;

- 52ª DP Rua Dr. Corinto Baldoino Costa, 400 – Parque São Jorge;
- 54ª DP Av. dos Gráficos, 175 – Cidade Tiradentes;
- 56ª DP Rua Dra. Esmeralda Mendes Policine, 264 – Vila Alpina;
- 57ª DP Rua do Oratório, 2220 – Parque Da Mooca;
- 58ª DP Rua Antúrios, 362 – Vila Formosa;
- 59ª DP Rua Vistosa da Madre de Deus, 120 – Jardim Noêmia;
- 67ª DP Rua Severino Jose Fernandes, 1900 – Jardim Robru;
- 68ª DP Rua João da Silva Aguiar, 850 – Lageado;
- 69ª DP Av. Arquiteto Vila Nova Artigas, 720 – Teotônio Vilela;
- 70ª DP Rua Otavio Alves Dundas, 390 – Sapopemba;
- 77ª DP Alameda Glete, 827 – Santa Cecília;
- 78ª DP Rua Estados Unidos, 1608 – Jardins;
- 81ª DP Av. Celso Garcia, 2875 – Belém;
- 83ª DP Rua Ângelo Bertini, 82 – Parque Bristol;
- 89ª DP Rua Domingos Simões, 21 – Portal do Morumbi;
- 95ª DP Rua Comandante Taylor, 1180 – Cohab Heliópolis;
- 96ª DP Av. Engenheiro Luiz Carlos Berrini, 900 – Brooklin;
- 97ª DP Rodovia dos Imigrantes, km 11,5 – Americanópolis;
- 98ª DP Av. Angelo Cristianini, 467 – Jardim Miriam;
- 99ª DP Rua Sargento Manoel Barbosa da Silva, 115 – Campo Grande;
- 1ª DDM; 2ª DDM; 5ª DDM e 6ª DDM.

Quanto ao perfil das rés, são encontrados os seguintes dados:

a) faixa etária:

- dos 138 processos desarquivados só havia o registro da idade em 80 deles:

Tabela 1 – Perfil das rés por faixa etária

Faixa Etária	Qtdade de Casos	%
18 a 19	9	11%
20 a 29	47	59%
30 a 39	21	26%
40 +	3	4%
Total com Idade	80	

Fonte: Elaborada pela autora.

b) estado civil:

- dos 143 casos em 80 deles foi informado o estado civil. Destes a maioria das mulheres era solteira (72%).

Tabela 2 – Perfil das rés por estado civil

Estado Civil	Qtdade de Casos	%
Casada/União Estável	21	28%
Solteira	55	72%
Total com estado civil	76	

Fonte: Elaborada pela autora.

c) raça/etnia

- a informação constou em 59 casos, sendo que a maioria das mulheres (53%) era negra ou parda.

Tabela 3 – Perfil das rés por raça/etnia

Raça/Etnia	Qtdade de Casos	%
Branca	28	47%
Negra/Parda	31	53%
Total com Raça/Etnia	59	

Fonte: Elaborada pela autora.

d) filhos:

- de um total de 81 casos com informações em 33 deles as mulheres afirmaram possuir outros filhos. Em 45% dos casos tinham um filho.

Tabela 4 – Perfil das rés em relação a filhos

Tem Filhos?	Qtidade de Casos	%
Não	48	59%
Sim	33	41%
Total com/sem Filhos	81	

Fonte: Elaborada pela autora.

Tabela 5 – Perfil das rés por quantidade de filhos

Quantos Filhos?	Qtidade de Casos	%
1	15	45%
2	11	33%
3	4	12%
4	3	9%
Total com Filhos	33	

Fonte: Elaborada pela autora.

e) escolaridade:

- a informação constou de 70 casos analisados, conforme abaixo:

Tabela 6 – Perfil das rés por escolaridade

Escolaridade	Qtdade de Casos	%
1º grau completo	7	10%
1º grau incompleto	2	3%
2º grau completo	6	9%
2º grau incompleto	2	3%
Analfabeta	2	3%
Curso superio incompleto	1	1%
Curso superior completo	1	1%
Sabe ler e escrever	49	70%
Total com escolaridade	70	

Fonte: Elaborada pela autora.

f) profissão:

- dos 143 casos analisados em 67 havia informação a respeito da atividade profissional das mulheres processadas.

Tabela 7 – Perfil das rés por profissão

Profissão	Qtdade de Casos	%
Do Lar	14	21%
Doméstica	13	19%
Estudante	4	6%
Auxiliar de Limpeza	5	7%
Auxiliar de Serviços	5	7%
Auxiliar Administrativo	4	6%
Autônoma	3	4%
Promotor de Vendas	3	4%
Outros	16	24%
Total com profissão	67	

Fonte: Elaborada pela autora.

Constatou-se, quanto ao perfil das mulheres que foram processadas por aborto pelo Primeiro Tribunal do Júri da Capital, no período pesquisado (1990 a 2012), que a maioria delas tinha entre 20 e 29 anos (59%), eram solteiras (72%), a maioria delas negras ou pardas

(53%), sendo que 41% delas já possuíam filhos anteriores, sendo que a maioria delas com 1 filho somente (45%).

Foi registrado que 70% disseram que “sabiam ler e escrever”, porém referida expressão não informa a escolaridade das rés. Quando se colocava essa expressão, nada se mencionava a respeito da escolaridade formal. Apenas 10% tinham o primeiro grau completo e 9% o segundo grau completo. Apenas em dois casos as mulheres tinham curso superior e somente um com curso superior completo. Apenas 10% com primeiro grau completo.

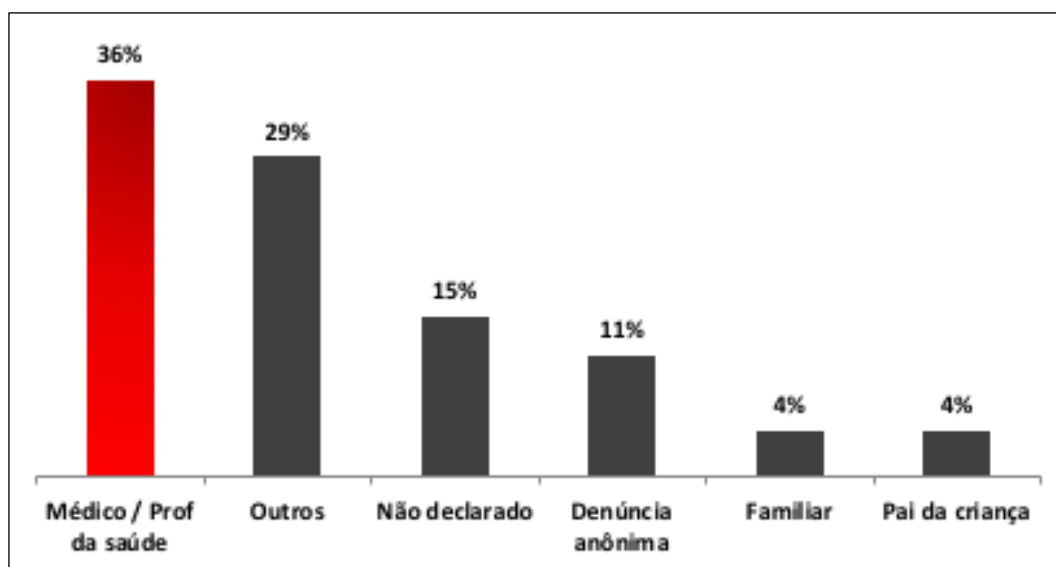
As profissões são variadas (auxiliar de limpeza, auxiliar administrativo, auxiliar de serviços etc.) com predominância de mulheres empregadas domésticas (19%) e de mulheres “donas de casa” (21%).

Portanto, relativamente ao perfil dessas mulheres que foram incriminadas pela prática de aborto no I Tribunal do Júri da Capital entre 1990 e 2012, tem-se que a maioria é negra ou parda, de baixa escolaridade e com filhos anteriores.

Não havia informação de renda disponível nos casos analisados, porém há outras pesquisas já mencionadas ao longo deste trabalho que apontam as mulheres pobres, como as que se sujeitam a um aborto inseguro colocando em risco suas vidas e sua saúde, pois as mulheres com recursos financeiros costumam pagar por aborto em melhores condições, mas também sem deixar de passar por todas as dificuldades de realizar um ato considerado ilegal e criminoso, ou seja, sob a clandestinidade e segredo.

Como essas mulheres, em regra, acabam sendo acusadas? Foi visto que há denúncias de parentes, fetos encontrados pela polícia, denúncias anônimas, do pai da criança e um grande percentual de denúncias feitas pelos profissionais de saúde (35% dos 143 casos). Justamente por aqueles que deveriam guardar sigilo, já que a revelação expõe a paciente a processo criminal, como já examinado.

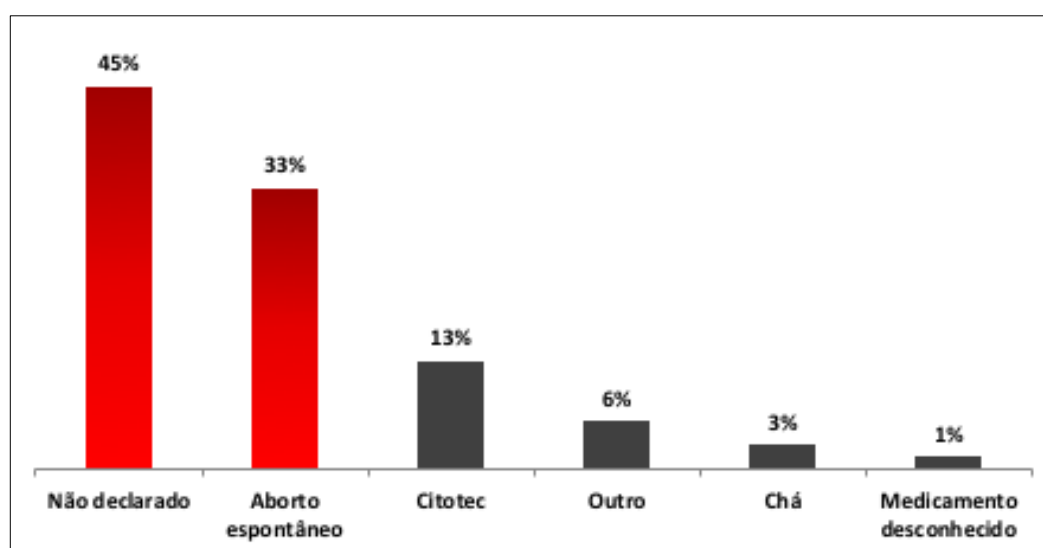
Gráfico 1 – Quem denuncia as mulheres



Fonte: Elaborada pela autora.

Relativamente ao método utilizado para provocar a interrupção da gravidez, em 12% dos casos foi utilizado o medicamento conhecido por “citotec”, que é a substância misoprostol, de uso restrito apenas a hospitais. Em 46% dos casos, não houve declaração quanto ao método utilizado e, em 34% dos casos, consideraram-se os abortos ocorridos como espontâneos, às vezes, por declaração da mãe, ou em virtude de laudos inconclusivos etc.

Gráfico 2 – Métodos usados para provocar a interrupção da gravidez

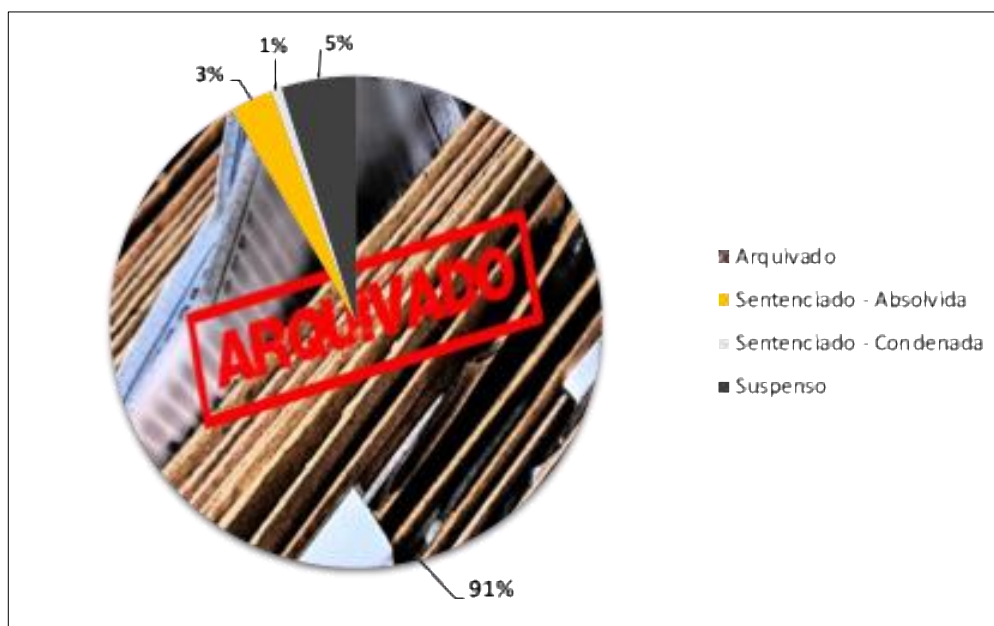


Fonte: Elaborada pela autora.

Quanto aos resultados desses inquéritos e processos, o que foi encontrado chama muito à atenção, pois 91% dos 143 casos analisados tinham sido arquivados por falta de provas: não se chegou à autoria, não se comprovou que o aborto tivesse sido provocado, não se comprovou nexo de causalidade, no sentido de que a ação da mãe ou de terceiro tivesse ocasionado a morte do feto/embrião, por vezes, sem materialidade, pois o feto/embrião nunca foi encontrado etc. Um número expressivo, portanto, de mulheres que são investigadas, têm que prestar depoimento na polícia, sofrem constrangimentos nos hospitais, junto à família e amigos, não são sequer denunciadas pelo Ministério Público e os autos de inquérito policial são arquivados, não chegando a gerar um processo criminal. São a grande maioria. Em 5% dos casos foi oferecida e a mulher aceitou a suspensão condicional do processo. Em 3% ela foi sentenciada e absolvida e em 1% ela foi sentenciada e condenada.

Esse é o quadro da criminalização secundária das mulheres que foram processadas por aborto no I Tribunal do Júri no período de 1990 a 2012. O sistema de Justiça Criminal é movido para gerar mais sofrimento e dor além do que já ocorre com a simples previsão da criminalização primária.

Gráfico 3 – Resultados dos inquéritos e processos



Fonte: Elaborada pela autora.

É interessante observar que essa não criminalização secundária já era observada há 40 anos por Santos (1978, p. 21):

A difusão social do aborto é facilitada por uma repressão legal insignificante. A impotência dos aparelhos de controle social é explicada pela conceituação do aborto como crime sem vítima, caracterizado por (a) uma prática privada consensual, em que a mulher não se considera vítima, nem denuncia o abortador, por temor à publicidade e à própria incriminação, (b) ambos os partícipes estão ligados por interesses comuns (evitar a punição e os efeitos socialmente danosos do processo, e (c) esse intercâmbio exprime uma relação de pagamento voluntário por serviços pleiteados, irrelevando a eventual ilicitude. A extensão da impunidade do aborto ilegal é, praticamente, proporcional à extensão social de sua incidência: pesquisas mostraram que mulheres raramente são condenadas (nos EUA não há registro de condenação de mulheres, por aborto), os estabelecimentos hospitalares utilizados para a prática do aborto não são objeto de medidas legais ou administrativas, os responsáveis por esses estabelecimentos, e os médicos que praticam abortos estão isentos de punição, e até, os “açougueiros”, que operam em escala reduzida, evitam a sanção legal.

Santos, em vários momentos do artigo, relata que no Brasil não se dispõe de dados. Isso há 40 anos. O cenário, hoje, não é muito diferente no que se refere à dados das mulheres processadas por aborto. Praticamente não há pesquisas e dados nesse sentido. A pesquisa de Danielle Ardaillon (2000) realizada há 20 anos e relatada no capítulo anterior, mostra o mesmo quadro 20 anos depois.

A pesquisa aqui desenvolvida, a partir de levantamento de processos de aborto no Primeiro Tribunal do Júri do Capital, embora de alcance reduzido e modesto, confirma o que foi por eles observado: repressão legal insignificante, de sorte que a criminalização primária se revela preocupante hipocrisia, a causar danos e sofrimento, muitas vezes mortes e mutilação de mulheres pobres, negras, pardas, de menor escolaridade, que acabam realizando abortos clandestinos e inseguros

3.4 A criminologia crítica e feminista e o aborto no Brasil

O marido ligou para a polícia após saber que a mulher tinha abortado. Indicou para os policiais onde estava a embalagem do citotec. Disse que tinha feito vasectomia, pois já tinha dois filhos de outro casamento. No laudo a embalagem encontrada não foi conclusiva em relação ao medicamento. Inquérito policial arquivado.

Marina passou mal, com fortes dores na barriga e foi levada ao hospital, onde teve o aborto do feto. Já teve outras gestações complicada.

A polícia foi chamada para atender ocorrência de feto encontrado em terreno baldio dentro de uma caixa de ferro a vapor. Na embalagem tinha etiqueta datada da compra e a nota fiscal. A testemunha falou que um morador de rua pediu se podia pegar a caixa em sua lixeira, logo depois viu a caixa caída, com um feto e ligou para a polícia. Não saberia identificar o morador de rua.

A análise proposta nesta tese, no que se refere à descriminalização do aborto, dialoga com o direito constitucional, na perspectiva de proteção de direitos fundamentais, com o direito internacional dos direitos humanos, que impõe proteção aos direitos humanos das mulheres, com o direito penal, na medida em que o aborto é criminalizado no Brasil, e com a criminologia, pois é objeto claro da tese questionar e problematizar a imposição penal do crime de aborto.

Nesse sentido, faz-se nesta tese um exercício de criminologia crítica e feminista. a fim de investigar criticamente a tipificação do crime de aborto, as demandas de ampliação de possibilidades de descriminalização, o cumprimento ou não das finalidades declaradas da criminalização etc.

Baratta (1999, p. 19) relata que a posição desigual da mulher no direito penal – seja na condição de vítima ou de autora do delito – passou a ser objeto de crescente atenção na criminologia a partir dos anos de 1970.

Ou seja, coincide com o início dos estudos de gênero nas ciências sociais, como visto na parte 1 deste trabalho, a preocupação em estudar as políticas criminais, a tipificação penal, a aplicação do direito penal, a incidência das normas penais, a partir da ótica das relações sociais de gênero, numa sociedade e num Direito ainda marcados pelo modelo patriarcal de relações entre mulheres e homens, numa ciência até então formulada por homens e para homens.

O campo de uma criminologia feminista vem bem delimitado por Campos (2017, p. 271):

A criminologia feminista incluiria, desta forma, uma perspectiva teórica sobre gênero e desigualdade de gênero e sua interseccionalidade com os indicadores de raça, classe, idade, dentre outros. Por conseguinte, o que diferenciaria a criminologia feminista da análise criminológica dominante (mainstream) sobre “mulher e crime” é o fato de que as teorias de gênero são o ponto de partida para análises criminológico-feministas.

Carvalho (2015, p. 202), ao analisar as imbricações entre criminologia, garantismo e direitos humanos, traz importantes aportes para a compreensão desta dinâmica e relações:

Neste sentido, o discurso da modernidade sobre os direitos individuais encontra guarida e correspondência no garantismo penal clássico – concepção teórica ilustrada do direito penal, do processo penal e da política criminal centrada na busca de limitação do poder estatal punitivo através da radicalização dos princípios da legalidade dos delitos, da proporcionalidade e da humanidade das penas e da jurisdicionalidade dos órgãos de decisão.

As teses que orientam a defesa da descriminalização do aborto neste trabalho são justamente o crivo da proporcionalidade na análise da tipificação do aborto. A crítica ao Direito Penal, na sua incapacidade de tutelar a vida do embrião e dos processos judiciais criminalizadores das mulheres poderem revelar a verdade real sobre a interrupção voluntária da gravidez, ou mesmo da política criminal de criminalização do aborto ser capaz de prevenir sua incidência.

Entende-se pertinente, na defesa da descriminalização do aborto, a utilização do paradigma garantista, no sentido de ser modelo direcionado ao controle e minimização dos poderes punitivos. Entretanto é importante mencionar e expor o paradoxo deste modelo na crítica apresentada por Carvalho (2015, p. 230 e 233) na reversibilidade do discurso garantista:

No aspecto penal e político criminal, embora o garantismo projete modelo minimalista de contração dos tipos penais incriminadores através dos processos legais de descriminalização ou do rigoroso controle de constitucionalidade concreto e difuso (descriminalização judicial), ao redesenhar teoria justificacionista da pena acaba por legitimar variadas formas de intervenção punitiva.

O debate feminista no campo penal está imerso nessa relação entre garantismo, direito penal mínimo e proteção dos direitos fundamentais. Há reivindicação de proteção da liberdade, da autodeterminação quanto aos corpos das mulheres e da pauta da descriminalização do aborto como necessidade de igual proteção destes corpos da violência ocorrida principalmente no espaço doméstico:

O que, para muitos, corresponde a uma pauta de reivindicações contraditória do movimento feminista, pois ao mesmo tempo em que reivindica de forma libertária a descriminalização do aborto (numa tendência abolicionista), assume uma postura punitivista, ao pleitear penas mais duras em casos de violência de gênero. (MENDES, 2014, p. 185).

A perspectiva feminista lançada sobre o campo penal e criminológico traz esses desafios de se pensar as especificidades das violências de gênero e aqui incluídos tanto o aborto – em que a mulher é ré –, quanto às ofensas à integridade física ou psíquica – em que a mulher é vítima – para que haja proteção dos direitos humanos das mulheres em ambas as vertentes. Aqui se defende que é possível pensar a utilização do garantismo do direito penal mínimo, no tocante à violência de gênero e entende-se que a lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) atende os princípios do garantismo penal.

O crime de aborto, tal como previsto no Código Penal brasileiro, insere-se no Título dos Crimes contra a Pessoa e no Capítulo dos Crimes contra a Vida. Portanto, poder-se-ia afirmar que a ideia seria a de proteger ao mesmo tempo a vida e a pessoa. Porém, no caso do aborto, o cumprimento desse objetivo não se revela tão óbvio ou tão facilmente. Primeiramente porque a consideração do embrião ou do feto como pessoa com direitos e interesses próprios é algo controvertido nas ciências, em geral, tanto quanto a questão em que momento se inicia a vida, ou mesmo, a partir de que momento se deve protegê-la, ainda que haja uma concordância com o momento em que ela se inicia. Dessa forma, a criminalização do aborto envolve uma série de questões de ordem filosófica, moral, religiosa, social, cultural, política, médica, biológica etc., tornando bastante controversa a sua criminalização e bastante questionável o uso do Direito Penal para a resolução de uma controvérsia que pode ser classificada de tipo moral.

Ferrajoli (2003, p. 11), ao defender que a procriação não é somente um fato biológico, mas também um ato moral de vontade, expõe muito bem a crítica do uso do Direito Penal para a questão do aborto:

A procriação, como a pessoa, não é só um facto biológico, mas é também um acto moral de vontade. E precisamente este acto de vontade, em virtude do qual a mãe encara o feto como pessoa, que, segundo esta tese, lhe confere o valor de pessoa: que *cria* a pessoa. Podemos antecipar o “nascimento” da pessoa antes do parto: desde que seja claro que ela, segundo a concepção moral defendida aqui, está de certa forma ligada ao acto com o qual a mulher se encara e se deseja como “mãe” e encara e deseja o feto como fruto não só de um processo biológico, mas também de um acto de consciência e de vontade. Com ela, a mãe dá não só corpo, mas também forma de pessoa ao nascituro, pensando-o como filho. Por outras palavras: se é verdade que, para nascer, o embrião precisa da (decisão da) mãe, então essa decisão muda a sua natureza, fazendo dele uma (futura pessoa). A sua qualidade de “pessoa” é, em suma, decidida pela mãe, ou seja, pelo sujeito que é capaz de o fazer nascer como tal.

Naturalmente, nem todos partilham dessa concepção moral da pessoa e da maternidade. Tal concepção não é mais “verdadeira” (mas, a meu ver, apenas mais razoável) do que aquela que vê no embrião, uma pessoa, independentemente da vontade da mãe de o fazer nascer. Não é mais verdadeira, nem mais falsa. As duas concepções são, no entanto, incompatíveis. No terreno moral, não existe de facto

possibilidade de acordo ou compromisso, mas apenas de tolerância recíproca. E a tolerância consiste, neste caso, em reconhecer a ambas as concepções o caráter de legítimas posições morais, nenhuma das quais é desqualificável como “imoral” só porque não compartilhada. Mas isto equivale a não brandir contra nenhuma delas o Código Penal, como gostam de fazer, pretendendo impor a todos a sua moral, os defensores da punição do aborto. (grifo do autor).

Ademais, ainda há que se ressaltar o fato de que a proibição do aborto pela legislação penal consiste na imposição de um *fazer*, o que a tornaria, segundo Ferrajoli (2003, p. 12), questionável constitucionalmente, ou seja, ser mãe obrigatoriamente. Diz o autor que, após a abolição das *corvées* e das servidões pessoais, já não é permitido ao direito penal imposição de um fazer. O direito penal apenas pode impor um *não fazer*, isto é, proibir comportamentos, nunca impor condutas e menos ainda escolhas de vida:

Com a proibição do aborto, e com a consequente coacção penal para ser mãe, impõe-se à mulher, não tanto e não só que não aborte, como também um transtorno de vida incalculável: não só a gestação e o parto, como a renúncia a projectos de vida diferentes, a obrigação de tratar e manter o filho, em resumo, a imposição de uma espécie de servidão. Uma maternidade indesejada pode destruir a vida de uma pessoa: obriga-la a parar de estudar, ou de trabalhar, pô-la em conflito com a própria família, reduzi-la a miséria ou a não ser capaz de cuidar do seu sustento e do próprio filho. Pois bem, a punição do aborto é o único caso em que se penaliza a omissão não de um simples acto – como no caso, aliás isolado, da “omissão de auxílio” – mas de uma opção de vida: a de não querer ser mãe. Esta circunstância é geralmente ignorada. É costume negligenciar o facto de, ao contrário de qualquer outra proibição penal, a proibição do aborto equivale também a uma obrigação – a obrigação de ser mãe, de aguentar uma gravidez, de dar à luz, de criar um filho – em contradição com todos os princípios liberais do direito penal. E não é só. Em contradição com o princípio da igualdade, que quer dizer igual respeito e defesa da identidade de cada um, a penalização do aborto tira à mulher a autonomia sobre o próprio corpo e a sua dignidade de pessoa, reduzindo-a a coisa ou a instrumento de procriação submetida a fins que não são os seus.

Uma criminologia crítica e feminista não pode se furtar ao papel de questionar, de forma crítica, a criminalização do aborto, ou seja, o uso do Direito Penal para tratar do que se pode chamar de um fato da vida (gravidez indesejada) de qualquer mulher em idade reprodutiva.

Ao tratar do “Sistema Penal e Direitos da Mulher”, Maria Lúcia Karam (1995, p. 47) defende que

não sendo possível a abolição do sistema penal (necessariamente condicionada a transformações sociais mais profundas), a perspectiva de redução da violência e da injustiça geradas pela intervenção do poder punitivo é limitada, devendo ter como meta tão-somente a efetiva concretização de um Direito Penal mínimo.⁵⁴

⁵⁴ Neste sentido Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho (2011, p. 150), no artigo “Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira”, para quem os atos de violência contra as mulheres, em sua maioria, podem ser traduzidos no que o direito penal e a criminologia

Como diz Elena Larrauri (2008, p. 39), não é fácil conciliar o intento de ser criminóloga crítica ou criminóloga abolicionista e ser ao mesmo tempo feminista. Entretanto assinala que é a estratégia de sua preferência. Propõe o que chama de reflexões inacabadas no enfrentamento dessa questão. Diz ser aceitável a utilização do direito penal existente por parte das organizações de mulheres ao mesmo tempo que se favoreça o recurso a instituições intermediárias de ajuda e assessoramento fora do sistema penal. Entende, ainda, ser necessário o que chama de reformas negativas, ou seja, todas aquelas mudanças no direito penal e processual penal que contribuam para dar mais poder a mulher para iniciar e finalizar o procedimento penal em qualquer momento. Não se introduzir novos tipos penais e utilizar meios alternativos sem excluir o uso do Direito Civil. Por fim, é contra a utilização do direito penal simbólico, como um instrumento pedagógico para lançar mensagens.

Vários autores consideram inadequado o uso do direito penal para tratar da questão do aborto, que envolve tantas abordagens possíveis e perspectiva penal que se mostra tão inefetiva, com consequências tão drásticas para a vida de milhares de mulheres. Neste sentido:

Todavia, por fidelidade aos limites objetivos do presente trabalho, e para não enveredar pelas graves e controvertidas questões de ordem econômica, política e social que o problema do aborto necessariamente encerra, limitamo-nos por ora a manifestar nossa contrariedade à legislação que dita punição criminal ao aborto, conforme fazem as normas dos artigos 124 a 128 do Código Penal, convencidos de que a inserção do penalismo em contexto existencial tão complexo só desajuda o encaminhamento social e jurídico do problema já tão grave, além de fomentar a desobediência civil e a clandestinidade da indústria do aborto com brutais consequências para a pobreza feminina (CASTRO, 2003, p. 688).

Questionar a criminalização do aborto significa olhar para as mulheres que abortam e que se sujeitam ao sistema de justiça criminal e perceber a enorme seletividade aí envolvida, como já foi visto, bem como a possibilidade de aplicação reduzida do direito penal, minimizando assim o sofrimento que o direito penal pode causar com a compatibilização de proteção progressiva à vida em formação e o respeito aos direitos constitucionais fundamentais das mulheres, aplicando-se interpretação conforme e proporcionalidade, como será visto a seguir.

caracterizam como criminalidade tradicional, ou seja, tais condutas implicam danos concretos, praticados por e contra pessoas de carne e osso, em que são afetados bens jurídicos tangíveis, palpáveis, como vida, integridade física e liberdade sexual. Encontram-se, pois, no rol daquelas condutas que as políticas criminais alternativas – derivadas da criminologia crítica e atualmente identificadas como direito penal mínimo ou garantismo – entendem como lícita a criminalização.

3.5 Inconstitucionalidade da criminalização do aborto: interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 e aplicação da regra da proporcionalidade⁵⁵

Paula fazia uso de chá caseiro para emagrecer. Não sabia que estava grávida. Quando começou a sentir cólicas abdominais e sangramento foi levada de ambulância para o hospital. O feto ficou na residência. A polícia foi chamada para averiguar.

Sueli não sabia que estava grávida. Tomou um chá para dores nas costas e sentiu fortes dores abdominais. Expeliu o feto. Chamou a irmã para socorrê-la e foram ao hospital. A médica perguntou aonde estava o feto. A polícia foi chamada pelo hospital.

Feto encontrado em terreno baldio, por um catador. Averiguações feitas nada encontrado. Arquivado.

Feto abandonado em estabelecimento comercial, no banheiro. Após averiguações, nada encontrado. Arquivado.

Defende-se nesta tese que a descriminalização do aborto, no Brasil, pode vir a ser realizada através do Poder Judiciário, via controle de constitucionalidade abstrata, por meio de atuação do Supremo Tribunal Federal.

Referida possibilidade não seria extraordinária ou mesmo exorbitaria as competências constitucionais estabelecidas. Estaria dentro da moldura institucional, prevista no rol de atribuições do Poder Judiciário enquanto guardião máximo da Constituição Federal de 1988. Portanto, sem violação alguma do princípio constitucional da separação de poderes.

A Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestação das maiorias parlamentares. Cabe ao Judiciário, em sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à norma inconstitucional. É importante frisar também que o ideal democrático não se reduz ao princípio majoritário, cabendo ao órgão maior da jurisdição constitucional a função de árbitro do jogo e garantidor dos direitos fundamentais (BARROSO, 2013, p. 343).

⁵⁵ Parte desse capítulo já foi objeto de reflexões, sendo inicialmente formuladas no artigo: “A criminalização do feminicídio no Brasil, direitos humanos das mulheres, princípio da proporcionalidade e direito penal mínimo”. Aqui o assunto é aprofundado e revisto. (MELO, 2018).

Entende-se, ainda, que haveria margem para atuação do Poder Legislativo, dentro das balizas impostas pela interpretação constitucional dos direitos fundamentais da Constituição envolvidos, para estabelecer um modelo de indicações a partir de determinado momento da gestação e/ou aconselhamento informado etc., legalizando o aborto.

Vários países descriminalizaram e permitiram o aborto por meio de decisões judiciais de suas Cortes Constitucionais. Os casos emblemáticos e paradigmáticos, que já foram tratados aqui, são dos Estados Unidos da América e da Alemanha. Referidas decisões proferidas desde a década de 1970 influenciaram outros Tribunais Constitucionais que também descriminalizaram o aborto por decisão de suas Cortes.

A primeira decisão da Alemanha (Aborto I) foi no sentido de que violava a Lei Fundamental, lei que despenalizava o aborto nas 12 primeiras semanas de gestação, após aconselhamento, no sentido de dissuadir a realizar o aborto. Entretanto admitiu que o Poder Legislativo pudesse autorizar o aborto diante de outras circunstâncias, que configurassem “cargas extraordinárias” da maternidade, como para salvar a vida da gestante, ou se a gravidez pusesse em risco sua saúde ou ainda outras indicações análogas, como indicações eugenésicas, violação sexual e situações de emergência social.

Já a Suprema Corte dos EUA, em 1973, (*Roe vs. Wade*) entendeu que lei do Texas que só permitia o aborto para salvar a vida da gestante violava a Constituição do Estados Unidos na proteção da privacidade, intimidade e autonomia decisória, nas 12 primeiras semanas de gestação.

Isso é demonstrado por Reva B. Siegel (2016), ao tratar da constitucionalização do aborto; por Ruth Rubio Marín (2016), ao tratar do aborto em Portugal; e por Verónica Undurraga (2016); ao tratar do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das normas sobre aborto.

Siegel (2016, p. 29, 37 e 38) aponta que alguns Tribunais têm insistido que os Governos devem respeitar as decisões das mulheres sobre a maternidade, enquanto outros exigem que o Governo controle as decisões das mulheres sobre a maternidade. Nas últimas décadas um crescente número de tribunais tem permitido aos governos proteger a vida, persuadindo, em vez de coagir as mulheres a assumir um papel materno. Em toda a Europa, cada vez mais jurisdições estão dando às mulheres a última palavra quanto às decisões sobre aborto como a melhor maneira de proteger a vida do nascituro em face da Constituição.

Na década de 1970, os Tribunais dos EUA, da França, Áustria, Itália e Alemanha revisaram, pela primeira vez, a constitucionalidade das leis sobre aborto. Os EUA e a Itália derogaram leis que penalizavam o aborto e a França e Áustria confirmaram leis que liberaram o acesso ao aborto. Na Alemanha, decretou-se a inconstitucionalidade de lei que permitia o aborto nas 12 primeiras semanas de gestação. A jurisprudência da década de 1990 confirmou esses marcos constitucionais e ao mesmo tempo os moderou.

Em 1992, a Suprema Corte dos EUA, no caso *Pennsylvania v. Casey*, analisou a constitucionalidade da lei da Pennsylvania que impunha um período de 24 horas de espera antes que se pudesse realizar o aborto, informação destinada a persuadir a realização do aborto, autorização dos pais se menor de idade e a mulher casada que notificasse seu cônjuge. A Corte continuou reafirmando o princípio central de *Roe vs. Wade* – segundo o qual é direito de uma mulher interromper a gravidez antes da viabilidade fetal – mas criou o filtro da “carga indevida” para verificar a constitucionalidade da lei, ou seja, a corte anunciou que questionaria se a lei tinha o propósito de colocar um obstáculo substancial à mulher que procurasse aborto e afastou o consentimento do cônjuge como violador da visão das mulheres enquanto cidadãs em igualdade de condições.

Siegel (2016, p. 49) relata que, na África do Sul, em 2004, o Tribunal Constitucional declarou a constitucionalidade de lei que autoriza o aborto mediante petição nas 12 primeiras semanas de gestação. Em 2007 a Suprema Corte de Justiça da Nação do México confirmou a constitucionalidade de lei da Cidade do México que também permite o aborto nas 12 primeiras semanas. Na Suprema Corte de Justiça da Colômbia, decidiu-se em 2006 que a legislação não poderia proibir o aborto em todos os casos, sob pena de não considerar a mulher um ser humano digno, mas apenas uma ferramenta para procriar, um simples instrumento de reprodução da espécie humana e exceções teriam de ser impostas à penalização do aborto, como risco de vida ou saúde (física ou mental) da gestante, bem como casos de anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina do feto.

Marín (2016, p. 58 e seg.) relata que em Portugal foi introduzido em 2007 um modelo de períodos de permissão do aborto. Em 2010 o Tribunal Constitucional validou a lei que permite às mulheres decidirem se desejam abortar dentro das 10 primeiras semanas de gravidez, com aconselhamento de tipo aberto, ou seja, informativo e sem o propósito de persuadir a mulher a não realizar o aborto. Desde a década de 1980, Portugal decidiu por 5 vezes a questão do aborto que foi sendo modificada e tornando-o mais permissivo, de forma que, entre 1984 e 1985, o Tribunal avaliou uma reforma legal baseada no modelo de

indicações (salvar a vida da gestante ou proteger sua saúde, malformações fetais graves ou estupro) frente ao que vigia de proibição penal absoluta ao aborto. Entre 1998 e 2006, o Tribunal confirmou a constitucionalidade da reforma progressiva efetuada por meio de um referendo nacional, como forma de introduzir o modelo de período. Na sentença mais recente, de 2010, o Tribunal impulsionou o desenvolvimento de um direito constitucional europeu relativo ao aborto, ao confirmar a validade do modelo de período acompanhado de um aconselhamento não dissuasório, baseado no entendimento de que a Constituição portuguesa exige que o Estado proteja tanto a vida intrauterina como a autonomia reprodutiva das mulheres⁵⁶. O Tribunal Português respeitou desde as primeiras sentenças à discricionariedade do Legislativo para adotar meios de proteção alternativos em que considerou a penalização desnecessária, inadequada ou desproporcional. O Tribunal considerou que num Estado de Direito, o Direito Penal teria que seguir sendo o último recurso, a *ultima ratio*.

Como foi visto no capítulo 3.2.2, no qual se tratou da possibilidade de aborto no caso da anencefalia, tem-se precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro de descriminalização do aborto numa indicação específica que é a da anencefalia. Tratou-se de julgamento de controle de constitucionalidade, de interpretação conforme do Código Penal e de ponderação com os demais direitos constitucionais fundamentais envolvidos. De forma que, examinar o Código Penal para realizar interpretação conforme à Constituição, para permitir a ampliação das hipóteses de aborto, seria medida ínsita à competência do Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, permitindo-se a ponderação do uso do Direito Penal a partir de uma análise criminológica e de ponderação entre direitos fundamentais, considerando o direito à vida do feto de forma progressiva e o direito à vida digna da gestante e seus demais direitos constitucionais fundamentais.

Carolina Alves de Souza Lima (2015) constrói uma tese de que seria constitucional o aborto de feto anencéfalo, por se tratar do exercício regular de um direito e, nessa circunstância, ocorrendo colisão de direitos fundamentais, os direitos à saúde da mulher, de liberdade, de autonomia reprodutiva, de laicidade estatal devem prevalecer diante do direito à

⁵⁶ Matéria publicada no Jornal Folha de São Paulo com o título: “Idioma e facilidade de acesso atraem brasileiras para abortar em Portugal” (MIRANDA, 2018), mostra que mulheres brasileiras têm viajado para Portugal para realizarem o aborto naquele país, legalizado há mais de uma década. Estatísticas do Ministério da Saúde registraram que 379 brasileiras (residentes ou não) realizaram aborto em 2016 (de um total de 15.416 no país), 441 em 2015, 423 em 2014, primeiro ano em que passou a ser contabilizado por nacionalidade. Ou seja, desde 2014, praticamente uma brasileira, por dia, está abortando em Portugal. As estrangeiras que lá residem podem realizar o aborto gratuitamente na rede pública, já as não residentes têm que pagar cerca de 570 euros (com anestesia geral) ou 500 euros (com medicamentos). Desde que legalizou o aborto, Portugal zerou a mortalidade materna associada aos procedimentos.

vida, desde a concepção, como entende estar protegido pela Constituição Federal de 1988, por aplicação do princípio da proporcionalidade na interpretação dos direitos fundamentais em comento:

Não atende ao princípio da proporcionalidade compelir uma mulher a gestar um ser anencéfalo, que não tem e nunca terá competência biológica para alcançar a condição de desenvolvimento humano.

A permissão do aborto nos casos de anencefalia, desde que haja o consentimento da gestante, enquadra-se em uma hipótese de exercício regular de direito, causa excludente da ilicitude, conforme o inc. III do art. 23 do Código Penal. O aborto do anencéfalo configura direito constitucional de toda a mulher que se encontra nessa particular situação. Por isso, a penalização é de flagrante inconstitucionalidade, por violar os princípios de interpretação constitucional dos direitos fundamentais, em especial o princípio da proporcionalidade. (LIMA, 2015, p. 214-215).

Baratta (2004, p. 299-333), ao tratar dos princípios do Direito Penal Mínimo, aponta o princípio da proporcionalidade abstrata – segundo o qual, somente as graves violações de direitos humanos podem ser objeto de sanções penais – , o princípio da idoneidade e o princípio da proporcionalidade representam somente uma condição necessária, mas não suficiente, para a introdução da pena, pois seria necessário provar ou ser altamente provável, algum efeito útil em relação as situações em que se pressupõe uma grave ameaça aos direitos humanos. Assinala ainda o princípio da subsidiariedade, segundo o qual, uma pena pode ser cominada somente se se puder provar que não existem modos não penais de intervenção aptos para responder a situações, nas quais se acham ameaçados os direitos humanos, outros modos de intervenção de menor custo social.

O princípio da proporcionalidade é examinado detidamente por Undurraga (2016, p. 107 e seg.) no controle da constitucionalidade das normas sobre aborto. Ela alerta que os juízes costumam ter enfoques categóricos, baseiam suas decisões judiciais em princípios morais e jurídicos abstratos, que dificilmente refletem as experiências das mulheres, ou assumem premissas intuitivas sem justificá-las, em especial, a de supor que a penalização é um método efetivo de proteger a vida por nascer e outras suposições sustentadas em estereótipos de gênero que subestimam os efeitos da penalização na vida das mulheres.

É a análise de efetividade que exige aos juízes considerar os efeitos negativos da penalização e compará-los com os benefícios que se lhe atribuem e, consequentemente, considerar medidas alternativas de proteção que possam ser igualmente efetivas, mas que produzam menos desvantagens. A proporcionalidade obriga a explicitar os benefícios e os custos associados a uma proteção da vida pré-natal e questionar como estão distribuídos tais custos.

Os princípios do “Direito Penal Mínimo”, utilizados para legitimar uma intervenção penal mínima, em muito se aproximam da Teoria do Princípio da Proporcionalidade utilizada pelos constitucionalistas, para verificar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, que são normas jurídicas normalmente expressas em princípios, que podem colidir ou sofrer restrições por parte do Poder Público para atingir determinadas finalidades. Verificar a constitucionalidade dessas restrições ou resolver eventuais colidências na aplicação dos direitos fundamentais nos casos concretos é tarefa na qual a proporcionalidade é requisito indispensável.

Willis Santiago Guerra (2002)⁵⁷, ao tratar do tema, pontua que “princípios, por sua vez, se encontram em um nível superior de abstração, sendo igualmente hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma pirâmide normativa”. Se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu “raio de abrangência”. Ao contrário dessas também, verifica-se que os princípios podem se contradizer, sem que isso faça qualquer um deles perder a sua validade jurídica e ser derogado.

É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios ou entre eles e regras que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma o conflito, otimizando à medida que se acata um e desatende o outro.

O princípio da proporcionalidade tem conteúdo que se reparte em três “princípios parciais”: “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento”; “princípio da adequação”; e “princípio da exigibilidade” ou “mandamento do meio mais suave”.

Segundo ainda o mesmo autor:

O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” de direito fundamental, com o

⁵⁷ A respeito do princípio da proporcionalidade ver ainda Virgílio Afonso da Silva: O proporcional e o razoável (2002); Humberto Ávila: “A distinção entre os princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade” (2001). Há uma diferenciação entre esses autores: Silva exige maior rigor conceitual tratando por “regra da proporcionalidade” o que outros autores, como Guerra, acabam por denominar de princípio da proporcionalidade, o que também acaba por ocorrer no âmbito das decisões judiciais, ou seja, fala-se muito em princípio da proporcionalidade e, às vezes, até em razoabilidade. A regra da proporcionalidade, tal como apresentada por Silva, exige o exame de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens. Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, “adequado”. Além disso, esse meio deve se mostrar “exigível”, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais. Sobre essa distinção, vale referir a formulação lapidar do Tribunal Constitucional alemão: “o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

O “mandamento” ou “máxima da proporcionalidade”, ao mesmo tempo em que ocupa o posto mais alto na escala dos princípios, por ser o mais abstrato deles, por resolver seus problemas de colisões, contempla igualmente a possibilidade de “descer” à base da pirâmide normativa, informando a produção daquelas normas individuais que são as sentenças e as medidas administrativas. Por tudo isso, bem como pela íntima relação que guarda com a “essência” ou “ideia do direito” — como já acentuou, entre outros, Karl Larenz —, é que se vê no princípio da proporcionalidade a expressão mais própria da norma fundamental, a qual Kelsen nunca conseguiu definir de uma forma satisfatória, por só vislumbrá-la no topo de sua pirâmide normativa, quando o lugar mais acertado para um fundamento é mesmo na base de tal pirâmide. (GUERRA, 2002, *on-line*).

Resta analisar a utilização da proporcionalidade na criminalização do aborto pelos critérios apontados por Virgílio Afonso da Silva (2002), que defende tratar-se de regra da proporcionalidade e não princípio da proporcionalidade como fez Guerra.

Segundo Silva (2002, p. 36) “Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentado”. Aqui a ideia é discutir se a criminalização do aborto é adequada, é apta a alcançar o objetivo de evitar ou minimizar a morte dos embriões, ou mesmo de fomentar essa erradicação ou diminuição de suas mortes, ou ainda de alcançar maior efetividade na punição dos referidos crimes. Aqui se observa que é medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do feto), pois não produz impacto relevante sobre o número de abortos praticados, que continuam ocorrendo aos milhares, segundo as pesquisas nesta tese já citadas. A criminalização do aborto não se revela adequada a evitar a morte dos nascituros, mas ocasiona alto grau de mortalidade materna ou danos físicos e psíquicos para as mulheres que abortam, que continuam a abortar na clandestinidade e de forma insegura e arriscada. No exame de adequação, também se faz necessário perquirir se não há medidas igualmente efetivas e menos intrusivas para alcançar o objetivo da lei.

As leis que criminalizam o aborto com a finalidade de proteger um direito absoluto à vida do feto desde a concepção, com base em convicções religiosas, num Estado Laico, não têm legitimidade constitucional. Esse objetivo a ser atingido pela lei passa a ser discutível. Ou ainda, se a lei que criminaliza o aborto penaliza com mais intensidade a mulher que realiza o autoaborto e não o terceiro que o provoca, por entender que sua negativa em ser mãe é mais reprovável, reforçaria estereótipos de gênero, discriminações e desigualdades, na imposição do papel de mãe e da maternidade obrigatória, violando também a Constituição que proibisse discriminação de gênero. (UNDURRAGA, 2016, p. 114).

O princípio da idoneidade do Direito Penal Mínimo aqui se assemelha ao subprincípio da adequação, na medida em que seria necessário provar, ou ser altamente provável, algum efeito útil em relação à proteção da vida dos embriões. Também se faz necessário demonstrar alguma efetividade da lei criminalizadora, já que leis mais restritivas não se associam a menores taxas de aborto. Undurraga (2016, p. 115) relata que, quando se analisa a situação do aborto em distintas regiões do mundo, conclui-se que a proporção de mulheres que vivem em regimes liberais a respeito do aborto é inversamente proporcional as taxas de aborto.

Quanto ao subprincípio da necessidade, ensina Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 36) que “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Entende-se que, ao criminalizar o aborto, o Direito Penal acaba por impor a maternidade obrigatória para as mulheres em desrespeito a uma série de direitos constitucionais das mulheres que são constitucionalmente pessoas (vidas vividas).

Se o Estado objetiva evitar a ocorrência de abortos, pode utilizar meios que não sejam tão gravosos às mulheres, evitando-se gravidezes indesejadas, por meio da educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas. Seriam meios menos lesivos aos direitos das mulheres. O objetivo perseguido (evitar a ocorrência de aborto e proteger a vida de embriões) poderia ser atingido de forma menos gravosa aos direitos das mulheres que são desrespeitados com a criminalização do aborto.

Países que adotam o aconselhamento, por exemplo, caso de Alemanha (aconselhamento dissuasório) e Portugal (aconselhamento informativo), costumam considerar esse modelo, como meio de se inibir a realização de aborto, mais eficaz que a criminalização. Costumam argumentar que esse aconselhamento pode revelar à mulher alternativas

consistentes em apoio social à maternidade, como licença maternidade pré e pós-natal remunerada, existência de creches etc. e podem se revelar muito menos invasivas e restritivas a direitos fundamentais.

Por fim, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 40) esclarece o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito:

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Aqui cabe o sopesamento entre o direito à vida em progressão do embrião e os direitos à vida vivida, vida digna, liberdade, autonomia, privacidade, planejamento familiar, saúde física e psíquica, laicidade. Proteger-se a vida do embrião, de forma absoluta, seria proporcional à todas as demais restrições que se fariam aos direitos elencados das mulheres. A criminalização do aborto seria desproporcional em sentido estrito, na medida em que o grau de restrição imposto a uma gama de direitos constitucionais das mulheres não seria razoável no sentido de realização da proteção de vida ainda em progressão.

Ferrajoli (2003, p. 12) argumenta que o uso do direito penal só se justifica quando tenha capacidade para prevenir danos contra as pessoas sem causar efeitos ainda mais prejudiciais do que aqueles que é capaz de impedir. Se é discutível, no plano moral, que o feto seja uma pessoa e que deve ser tutelado pelo direito penal, é certo que a proibição do aborto e a maternidade forçada acarretam enormes custos para a mulher e viola direitos constitucionais que lhes são garantidos, como a saúde (inclusive psíquica), liberdade (autonomia), dignidade da pessoa, igualdade.

Outro ponto diz respeito se a penalização dos abortos, mesmo se considerados imorais, além dos enormes sofrimentos que causam às mulheres, também serviria efetivamente para preveni-los. Na experiência de mais de 20 anos na Itália, a resposta a essa indagação seria negativa: a proibição do aborto não foi capaz de prevenir abortos, como também estes passaram praticamente para metade após a supressão da norma proibitiva, ou seja, a proibição do aborto não pode ser racionalmente invocada, sem sequer para defender a vida dos fetos, já que ela não equivale, de forma mágica, à prevenção dos abortos, à tutela dos embriões, mas do aborto clandestino massivo.

No mesmo sentido argumenta Tessaro (2008, p. 2):

A ordem jurídica nacional protege a vida intra-uterina, entretanto, de forma mais débil do que a tutela assegurada à vida das pessoas nascidas. Outrossim, em situações particulares, é lícito que essa proteção ceda mediante uma ponderação de interesses, se configurado um conflito entre os direitos fundamentais da gestante e a vida dependente. Ademais por ser um processo gradual, a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, considerando o desenvolvimento fetal correspondente, devendo tal valor ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto.

O voto do Min. Barroso (2016, *on-line*), no HC 124.306, aplicou o princípio da proporcionalidade para concluir pela atipicidade da criminalização do aborto pelo Código Penal brasileiro:

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.

A gravidez, certamente, pode levar a condições mais acentuadas de dor e de tensão para a mulher e para a sua família. O nascimento de um filho acarreta impactos inevitáveis sobre as forças financeiras e à estrutura emocional dos pais. Bens juridicamente relevantes podem contrapor-se à continuidade da gravidez. A solução cabível haverá de ser, contudo a inexorável preservação da vida humana, ante a sua posição no ápice dos valores protegidos pela ordem constitucional. Veja-se que a ponderação do direito à vida com valores outros não pode jamais alcançar um equilíbrio entre eles mediante compensações proporcionais. Isso porque, na equação dos valores contrapostos, se o fiel da balança apontar para o interesse que pretende superar a vida intrauterina o resultado é a morte do ser contra quem se efetua a ponderação. Perde-se tudo de um dos lados da equação. Um equilíbrio entre interesses é impossível de ser obtido (Branco, 2015, p. 262).

Paradoxalmente, há decisões judiciais que aplicam a proporcionalidade tanto para descriminalizar o aborto quanto para defender a sua criminalização nos termos propostos pelo Código Penal vigente.

A sistemática do Código Penal representa uma adequada ponderação dos interesses em jogo, no sentido de que se atém aos parâmetros estabelecidos pela Constituição. Defende a vida do nascituro, sem esquecer também os direitos da mulher. Trata-se de uma opção que se acha dentro da esfera de discricionariedade do legislador. Importa ter em mente que, em matéria de hermenêutica constitucional, vige o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, derivado do cânone da separação de poderes. Isto significa que se deve presumir a constitucionalidade de um ato legislativo, de sorte que “os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário” (CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do*

Direito, 9ª edição, pág. 308). Em síntese: (i) a vida intrauterina é um bem jurídico protegido pela Constituição Federal; (ii) o que a faz um bem passível de ser tutelado pelo Direito Penal; (iii) o legislador ordinário, ao criminalizar o aborto no Código Penal, atuou nos limites de sua discricionariedade, promovendo um sopesamento dos direitos e interesses em jogo que não agride aos cânones constitucionais; fez, em outras palavras, uma opção legítima; (iv) de sorte que cabe ao Poder Judiciário respeitar a escolha levada a efeito pelo Poder Legislativo. Frente a este quadro, não é o caso de se declarar a incompatibilidade do Código Penal, no ponto em que institui o crime de aborto, com a Constituição Federal. 2. O trancamento da ação penal, pela via de “habeas corpus”, constitui medida excepcional, reservada para as hipóteses em que avultar, de forma manifesta, a falta de justa causa, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, considerando os limites estreitos de cognição do “writ”. Situação não configurada. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 2188903-92.2017.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, Rel. Des. Laerte Marrone, j. 23/11/2017). (SÃO PAULO, 2017a, *on-line*).

Procurou-se mostrar que a criminalização do aborto no Brasil viola a Constituição Federal, exigindo-se interpretação conforme à Constituição para permiti-lo, bem como a proporcionalidade e o uso proporcional do Direito Penal.

Entretanto só descriminalizar não basta.

A criminalização secundária do aborto no Brasil, marcada pela seletividade penal de escolha de mulheres pobres, pretas e menos escolarizadas, evidencia que a descriminalização não é suficiente para combater essa seletividade, pois, embora essas mulheres deixem de ser perseguidas criminalmente, deixassem de ter o estigma da perseguição criminal, dos maus antecedentes, da clandestinidade, de ser consideradas imorais, por vezes “assassinas”, egoístas, promíscuas, desnaturadas, não terão condições econômicas de pagar por um aborto seguro em ambiente hospitalar e realizado por profissionais da saúde.

Ademais, sendo o aborto considerado uma questão de saúde da mulher, de saúde pública, um fato da vida reprodutiva e de planejamento familiar de muitas mulheres, de exercício de direitos reprodutivos, tem que ser atendido e disciplinado pelo Sistema Único de Saúde, considerando que a saúde é direito social fundamental e de acesso universal segundo a Constituição Federal de 1988.

Como bem ressalta Silvia Pimentel (2007, p. 162):

Admitindo-se que o aborto não é um bem em si mesmo, admitindo-se a dignidade humana e os direitos fundamentais da mulher, admitindo-se que a vida do feto, em geral, deve ser protegida e admitindo-se que a educação e a prevenção na área da sexualidade e da reprodução é comprovadamente a única política pública que apresenta resultados satisfatórios para diminuir a incidência do aborto, conclui-se que a legislação (normatização) por parte do Estado, que vise a diminuir a realização de abortamentos, deve ser preventiva e não punitiva. Importa descriminar para não discriminar. Importa deslocar o tratamento jurídico do campo do direito penal para o da educação e da saúde pública.

Caberá, então, ao Ministério da Saúde estabelecer as normas técnicas de atendimento, considerando eventual legislação a ser elaborada, respeitando-se os direitos constitucionais afetos à temática e os termos de decisão judicial que vier a ser proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

3.5.1 Interpretação conforme à Constituição e proporcionalidade para determinar a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o primeiro trimestre de gravidez: Habeas Corpus 124.306/RJ e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 442

Em 29 de novembro de 2016, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 124.306/RJ (BRASIL, 2016), seguindo voto-vista do Min. Roberto Barroso afastou a prisão preventiva de dois réus (funcionários de uma clínica clandestina de aborto no Rio de Janeiro), denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal).

De acordo com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, além de não estarem presentes no caso os requisitos que autorizariam a prisão cautelar, a criminalização do aborto seria incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.

No HC, a defesa alegou não estarem presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, porque os réus eram primários, com bons antecedentes, com trabalho e residência fixa. Sustentou também que a medida seria desproporcional, pois eventual condenação poderia ser cumprida em regime aberto.

O Min. Barroso apresentou seu voto-vista no sentido do não conhecimento do HC, por se tratar de substitutivo de recurso, mas pela concessão da ordem de ofício, estendendo-a aos

corréus. Os ministros Edson Fachin e Rosa Weber acompanharam esse entendimento e o ministro Luiz Fux concedeu o HC de ofício, restringindo-se a revogar a prisão preventiva.

No exame da questão, o ministro Barroso destacou que seria preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos envolvidos. Para o ministro, o bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é “evidentemente relevante” (BRASIL, 2016, *on-line*), mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Entre os bens jurídicos violados, apontou a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero – além da discriminação social – e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres.

Advertiu, porém que não se trata de fazer a defesa da disseminação do procedimento, “pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro” e complementou

O aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. (BRASIL, 2016, *on-line*).

Para o ministro, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Resumidamente decidiu o Ministro Roberto Barroso que

3. Em *segundo lugar*, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.
4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os *direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.
5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.
6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o

bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (BRASIL, 2016, *on-line*, grifo do autor).

A decisão proferida, no âmbito do HC 124.306/RJ, restringiu-se ao exame da prisão preventiva dos réus, no caso em concreto, sem que se discutisse a posição da mulher que realizou o aborto, nem mesmo a questão criminal de mérito, mas tão-somente a prisão preventiva dos réus, que acabou revogada pelo principal argumento da inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação, na esteira dos demais países que descriminalizaram o aborto.

Entendeu o Min. Relator que, se o fato típico estava eivado de inconstitucionalidade, não haveria justa causa para a manutenção da prisão preventiva, ou seja, não se pode estar preso preventivamente por prática de fato que não se entenda típico por violação da Constituição e da proporcionalidade. Essa decisão se aplicou apenas *inter partes* e, por ora, permanece isolada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Pela pesquisa aqui desenvolvida, já se deixou claro que poucos casos de aborto viram processos e menos ainda, portanto, chegam ao Supremo Tribunal Federal, via controle difuso de constitucionalidade, com tese tão inovadora.

Referidos argumentos utilizados pelo Ministro foram repetidos, entre outros, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 442, buscando-se a descriminalização do aborto com eficácia *erga omnes*.

Em 6 de março de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ingressou no Supremo Tribunal Federal com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cujo número é 442, para requerer interpretação conforme à Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal, a fim de que se declare a sua não recepção parcial, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, da cidadania das mulheres e da promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República,

bem como por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem a necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde a permissão de realizar o procedimento.

Nota-se que o pedido da ADPF 442 é de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, uma vez que se entende constitucional as indicações permissivas existentes no Código Penal, bem como a criminalização do aborto realizado contra a vontade da gestante.

O autor da ADPF entende que o STF já vem estabelecendo premissas e uma linha de entendimento no sentido do pedido, em virtude de julgamentos já proferidos (anencefalia, células-tronco, revogação de prisão preventiva no crime de aborto (respectivamente: ADPF 54; ADI 3.510 e HC 124.306). Entende que seja um “caso difícil”, pelo forte apelo moral que provoca, mas que o aborto é um fato da vida reprodutiva das mulheres e não haveria razoabilidade constitucional na utilização do poder coercitivo do Estado para a criminalização. Para tanto, requer do STF o enfrentamento da inconstitucionalidade da criminalização em face da dignidade da pessoa humana conectada por dimensões essenciais vinculadas a outros direitos constitucionais e pelo teste da proporcionalidade.

A Min. Relatora Rosa Weber convocou audiência pública nos dias 3 e 6 de agosto de 2018 para ouvir pesquisadores, autoridades religiosas, cientistas, ativistas, parlamentares, médicos, sociólogos, teólogos etc. Alguns haviam se inscrito previamente e outros foram chamados por entender que poderiam contribuir com suas experiências para o julgamento do caso, garantindo-se representatividade proporcional dos que seriam contra o pedido formulado na ADPF 442 e dos que seriam a favor. Até a presente data, há dezenas de pedidos de *amicus curiae* no âmbito da ADPF e muitas vozes serão ouvidas no decorrer do processo.

Não há, por ora, previsão de data para o julgamento da ADPF 442.

Dialoga-se, nesta tese, com os fundamentos expostos na ADPF 442 e no mesmo sentido: inconstitucionalidade da criminalização do aborto, necessidade de interpretação conforme à Constituição do Código Penal e aplicação da proporcionalidade para se permitir a realização do aborto. Defende-se, ainda, que restrições possam ser colocadas, à medida que avance a gravidez, mas sempre excetuando-se a criminalização nas hipóteses de risco de vida

para a gestante ou à sua saúde física ou psíquica, violação sexual, ou ainda má-formação grave incompatível com a vida extrauterina.

As legislações existentes sobre o aborto costumam apontar na direção de alguns modelos: modelo repressivo (em que nenhuma possibilidade de aborto é permitida), modelo de indicação (permissão do aborto para salvar a vida da gestante, ou em caso de risco à saúde física ou mental, em caso de estupro etc.), modelo de período (nas 12 semanas, por exemplo) e, por vezes, com aconselhamento apenas informativo (com ou sem período de espera para realização do aborto), outras com aconselhamento de natureza dissuasória (com o objetivo de desencorajar a realização do aborto). Há a possibilidade desses modelos se combinarem.

Sabadell e Dimoulis (2008, p. 331) enumeram também um modelo que denominam de modelo de autodeterminação da gestante que garantiria plenamente a autodeterminação da mulher, impedindo a intervenção fiscalizadora do Estado e privatizando a questão do aborto, no sentido de deixar a decisão na responsabilidade da própria gestante. Ressaltam os autores desconhecer país que tenha liberalizado o aborto voluntário sem estabelecimento de prazo ou outras condições.

É importante frisar a existência desses modelos, porque há a possibilidade de diversas regulações e se defende nesta tese a inconstitucionalidade da criminalização em condições tão restritas como as existentes no Código Penal brasileiro.

No HC 124.306, o Min. Barroso entendeu pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o primeiro trimestre. Na ADPF 442, requer-se o mesmo parâmetro. Carpizo (2015, p. 55), ao tratar da interrupção da gravidez antes das 12 semanas, lista 33 países que permitem o aborto até as 12 semanas de gravidez por solicitação da gestante. Alguns países com limite de 10 semanas, outros de 16 ou ainda 24 semanas e alguns poucos sem limites.

O que se quer argumentar é que exista uma margem legislativa de regulação que respeite à Constituição Federal e à proporcionalidade nos moldes tratados na tese. Pede-se, na ADPF 442, que seja dada interpretação conforme à Constituição para determinar 12 semanas, o que é aceito na maioria dos países. Porém continuaria conforme a Constituição Federal de 1988 se fosse 10 semanas ou 16 semanas ou 24 semanas? Essa é uma questão, que sobrevindo legislação federal que regule a questão do aborto pode ser objeto novamente de controle de constitucionalidade, o que já ocorreu com outras Cortes Constitucionais, como dos EUA, da Alemanha e de Portugal, por exemplo. Conforme se altera a legislação que regule as

possibilidades de aborto, novo controle de constitucionalidade se faz possível. O que cabe ao Supremo Tribunal Federal é dar as balizas constitucionais como a de que não pode ser crime o aborto voluntário até o primeiro trimestre, por exemplo, por violar a Constituição Federal de 1988.

Defende-se aqui a necessidade de o STF desempenhar, quando necessário, papel contramajoritário para a defesa de direitos fundamentais que podem ser violados pelo Poder Legislativo, até mesmo por legislação que ofenda a Constituição e signifique restrição, opressão e discriminação de grupos vulneráveis, por vezes, minoritários. As mulheres vivem situação social de vulnerabilidade, no que diz respeito ao exercício de seus direitos reprodutivos, com a criminalização do aborto. Portanto, ainda que se tenha uma maioria da população ou legislativa que acredite e defenda a criminalização do aborto em todos os casos ou, até o mesmo o endurecimento da legislação existente com maiores restrições, o papel do STF será sempre o defender a Constituição, contra o parlamento inclusive.

Tal mister não violaria o princípio de separação de poderes. Essa é a lição de Ferrajoli (2006, p. 94) ao estabelecer, primeiramente, a distinção entre dois tipos de discricionariedade: “a política”, que é própria das funções de governo, e “legislativas e judicial”: vinculada à atividade interpretativa e probatória requerida na aplicação das normas legais ao caso concreto. São dois tipos de discricionariedade absolutamente distintas que remetem a fontes de legitimação diversas: representação política, no caso da primeira, e sujeição à lei, no caso da segunda. Pensar que as “controvérsias razoáveis”, a respeito do significado das normas que se aplicam, possam ou devam ser resolvidas por uma maioria de legisladores preferencialmente aos juízes e que a última palavra sobre elas “corresponda à comunidade política” equivale a rechaçar o princípio da separação de poderes e não compreender a diferença entre legislação e jurisdição, entre poder legislativo e poder judicial. Tudo estaria perdido como escreveu Montesquieu se o poder judicial se quedar unido ao poder legislativo. A separação e a independência da função jurisdicional das funções legislativa e de governo garantem seu caráter cognoscitivo, em virtude do qual uma sentença é válida e justa não porque querida e compartilhada por uma maioria política, senão porque fundada numa correta comprovação de seus pressupostos de fato e de direito.

Ou seja, caso o STF venha a decidir contrariamente ao que hoje pensa a população a respeito da criminalização do aborto ou mesmo do que pensa o Poder Legislativo brasileiro não estará se afastando e violando a separação de poderes, mas implementando-a, na medida em que a legitimidade de suas decisões não decorre dos desejos da maioria, mas da sujeição à

lei, (da correta comprovação dos pressupostos de fato e de direito) e no caso da sujeição à Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, acredita-se que o requerido na ADPF 442, no que diz respeito à descriminalização do aborto, insere-se nessa estrutura institucional do papel contramajoritário de garantidor de direitos fundamentais.

Porém, cabe regulação legislativa referente ao modelo que deca ser adotado e o Poder Legislativo nessa regulação poderá desempenhar o papel de conciliador de posições tão antagônicas, adotando modelos de descriminalização do aborto que possam dialogar minimamente com a defesa de formas de vida intrauterinas e o respeito à vida digna das mulheres, sua autonomia, saúde, direitos reprodutivos, intimidade, liberdade etc.

Estará, ainda o Judiciário ao exercer sua missão de defesa da Constituição, ou o Poder Legislativo caso venha a regular a descriminalização do aborto, implementando e aplicando a normativa internacional de direitos humanos que aponta neste sentido? Esse tema será visto no próximo capítulo.

3.6 A necessária revisão das leis brasileiras sobre a criminalização do aborto advinda dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e da Normativa Internacional⁵⁸

O Brasil insere-se, basicamente, em duas grandes Comunidades Internacionais: a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). Daí decorre sua adesão a um sistema normativo internacional que vincula os países partes, o que, conseqüentemente, gera obrigações multilaterais, tanto no sistema global (ONU) como no sistema regional (OEA).

No âmbito da Organização das Nações Unidas, trazendo o fim da II Guerra Mundial de volta ao tema dos Direitos Humanos, como imprescindível para a formulação do novo Direito Internacional, a “Carta das Nações Unidas” (ONU, 1945, *on-line*), logo em seu preâmbulo, reafirmava a fé “na igualdade de direitos dos homens e das mulheres”, incluindo entre os propósitos das Nações Unidas o desenvolvimento de relações amistosas entre as

⁵⁸ Parte do que é desenvolvido neste capítulo já foi objeto de reflexão em trabalhos publicados e aqui é retomado e revisado, para desenvolver a relação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos com o dever de descriminalizar o aborto no Brasil advindo das recomendações deste sistema.

nações, “baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos” e o gozo dos Direitos então proclamados “sem distinção de raça, sexo, língua ou religião [...]”, conforme previsto em seus artigos 1º-3º, 13, 55 e 76 “c”.

Como se nota, não houve, neste primeiro momento, a intenção de se caracterizar, sequer minimamente, o conteúdo e amplitude do princípio da igualdade entre mulheres e homens, derivando sua inserção na Carta do impacto causado pelas atrocidades cometidas por regimes, cuja política valorizava as supostas diferenciações entre povos, a iniquidade entre os seres humanos e existência de raças superiores e inferiores, portanto desiguais⁵⁹.

Pouco tempo depois, surgia a “Declaração Universal dos Direitos do Homem” (ONU, 1948)⁶⁰, complementando, em nível global e como instrumento de proteção geral, a comumente denominada “fase legislativa”, uma vez que a preocupação de então se constituía na criação de padrões normativos internacionais fundamentais, para reger as relações entre os Estados no pós-guerra. Como seu próprio nome diz, o documento tinha a finalidade de estampar os Direitos Fundamentais das pessoas, mais do que criar obrigações para os Estados e meios de fiscalização de sua atuação.

Nota-se, de pronto, uma grande evolução na conceituação da igualdade, desde a Carta de 1945, a começar pela afirmação da identidade fundamental entre todos os seres humanos desde o nascimento, fundada na razão, revigorando os clássicos conceitos jusnaturalistas acerca da universalidade dos Direitos Humanos.

Resta claro que a Declaração Universal conectou os direitos fundamentais com a soberania popular e a noção de Estado Democrático, ao afirmar no Artigo I que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (ONU, 1948, *on-line*), rejeitando para sempre fórmulas baseadas na autoridade tradicional ou carismática, ou seja, em outro elemento supostamente fundante do poder estatal.

Prosseguindo, o artigo II, 1 e 2, da Declaração (ONU, 1948, *on-line*) busca ampliar ao máximo os limites da capacidade jurídica das pessoas para gozar os direitos então estatuídos, no que parece recair numa generalização inócua, uma vez que, evidentemente, há situações em que é lícito discriminar os destinatários da norma ou da proteção do Estado.

⁵⁹ Tanto é assim que nos Estados Unidos da América ainda vigiam, em muitos Estados, leis discriminatórias quanto à raça do cidadão, inclusive com o aval da Suprema Corte daquele país, ao mesmo tempo em que na URSS stalinista, ocorriam semelhantes violações de Direitos Humanos. O que se leva a pensar que a adoção da igualdade enquanto princípio, de um certo modo, possuiu sentido meramente retórico.

⁶⁰ Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948.

Ainda assim, a Declaração avançou bastante ao estabelecer diversos casos em que é vedado ao Estado discriminar, empregando frequentemente os vocábulos “todos” e “ninguém”, como, *v.g.*, “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão”, “Ninguém será submetido a tortura”, “Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção”⁶¹ (ONU, 1948, *online*).

Ao assim prescrever, a Declaração estabeleceu os limites para a convivência social e para a ação do Estado, de modo absoluto, sem qualquer distinção. Não se trata propriamente da conceituação do princípio da igualdade, mas dos limites aceitáveis à desigualdade.

A Declaração em momento algum assevera que os seres humanos devam permanecer em estado de igualdade absoluta em direitos e obrigações ao longo de suas vidas, ou mesmo que o Estado deva contribuir para tanto. Apenas estabelece as fronteiras positivas e negativas à situação de desigualdade inerente à condição humana, especialmente perante o Estado, uma vez que seu pressuposto de existência é o acordo geral de vontades em igualdade de condições, do qual decorre naturalmente que não pode o Estado tratar os cidadãos de modo desigual, para melhor ou para pior.

A ONU, somente em 1966, aperfeiçoou o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos com a adoção de duas grandes Convenções: o “Pacto de Direitos Civis e Políticos” e o “Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Nesse momento histórico ainda vigorava proteção “geral” e “abstrata” das pessoas, sem se levar em conta suas especificidades e singularidades. A “especificação” do sujeito de direitos e a proteção particularizada da mulher surge, no âmbito das Nações Unidas, apenas uma década mais tarde com a “Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher” de 1979. Convenção que sofreu enorme resistência, por parte da grande maioria dos países membros da ONU.

No âmbito dos direitos humanos, a “Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher” foi, entre as convenções da ONU, a que mais recebeu reservas por parte dos países que a ratificaram.⁶² Ou seja, o sistema internacional de proteção dos direitos das mulheres não está imune à discriminação de gênero no seu próprio interior.⁶³

⁶¹ Artigos IV, V e XIII/1, respectivamente.

⁶² Veja, a esse respeito, J. A. Lindgren Alves (1994, p. 57).

⁶³ Elizabeth A. H. Abi-Mershed e Denise L. Gilman (1997, p. 173) observaram a esse respeito que os sete membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos estão comissionados para representar

Não é por outra razão que em Viena, em 1993, por ocasião da “Conferência Mundial sobre Direitos Humanos”, o movimento de mulheres levou a bandeira de luta: “os direitos da mulher também são direitos humanos”, ficando consignado na “Declaração e Programa de Ação de Viena” (item 18) que “Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais.” (ONU, 1993, *on-line*).

Foi essa a primeira vez que se reconheceu em um foro internacional que os direitos da mulher são direitos humanos (GILBERT, 1997, p. 177). Também por essa razão é que se renovou essa reflexão, por ocasião do quinquagésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Por ser a mais recente, a “Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher” traz significativos avanços à regulação pela ONU das questões relativas à igualdade.

Em primeiro lugar, já no Preâmbulo (ONU, 1979, *on-line*) é lembrada que a discriminação, além de atentar contra a fundamental igualdade entre os seres humanos, “constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade”.

Neste sentido, a discriminação é tratada também como prejudicial não só à mulher (beneficiária principal das normas), mas a toda comunidade mundial, ampliando o conceito de Direitos Humanos para algo que diz respeito a todos, uma vez que já não é mais possível tratar de forma estanque os direitos fundamentais de convivência social, cujos objetivos maiores da vida na terra (paz, felicidade) dependem da proteção a cada grupo ou indivíduo.

Outro avanço notável diz respeito ao grau de comprometimento do Estado na proteção e promoção dos direitos, como, por exemplo, a inserção na Constituição do país da vedação à discriminação, ou ao efetivo acesso aos tribunais para garantia dos direitos.

coletivamente todos os Estados-membros da OEA e, nos 37 anos, desde a sua criação, somente três mulheres foram eleitas como membros; no caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada desde 1979, somente uma mulher funcionou como juíza. Lauren Gilbert (1997, p. 177) observa, no mesmo sentido, que a Comissão Interamericana de Mulheres, órgão responsável pelo bem-estar da mulher dentro da estrutura da OEA, desempenha um papel muito limitado, o que se deve, em parte, ao fato de não possuir o mesmo poder que a CIDH para receber denúncias, conduzir investigações, publicar informes e fazer recomendações aos Estados-membros, ou mesmo, encaminhar casos à Corte Interamericana, o que também é observado por Elizabeth A. H. Abi-Mershed e Denise L. Gilman (1997, p.157).

Indo mais além, o artigo 5º determina ao Estado a tomada de medidas para a) modificar os padrões socioculturais de conduta, para alcançar a eliminação de preconceitos e práticas baseadas em padrões de superioridade de um sexo sobre o outro e, b) garantir que a educação e desenvolvimento dos filhos é obrigação comum dos pais, destacando-se a maternidade como função social (ONU, 1979, *on-line*).

Em suma, esse moderno instrumento de proteção de Direitos Humanos implica na decisiva intervenção estatal para corrigir distorções, numa postura claramente distinta da que, meros trinta e um anos antes, levava à promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ademais, trata-se da adoção de medidas afirmativas para o avanço da igualdade de direitos entre homens e mulheres; da modificação de padrões sócio-culturais discriminatórios; da supressão do tráfico de mulheres; e da exploração da prostituição da mulher, assim como da participação política da mulher, da nacionalidade, educação, trabalho, saúde, capacidade jurídica e igualdade no exercício pela mulher de seus direitos legais em relação à vida familiar.

O cumprimento pelos Estados-Partes de todas essas obrigações estabelecidas na Convenção CEDAW é monitorado pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres – o Comitê CEDAW, como é conhecido. Este representa um mecanismo de acesso ao sistema global, ONU, previsto pela própria Convenção em seu artigo 17 (ONU, 1979, *on-line*). É composto por 23 *experts* independentes, eleitos em plenária de cada Estado-Parte, em escrutínio secreto, a partir de uma lista de candidatos indicados pelos países.

O Comitê recebe relatórios periódicos submetidos pelos Estados-Partes, prestando conta de suas atividades. Estes são estudados e analisados, em seguida, os Estados são convidados a participar de sessão pública do Comitê durante todo um dia para manter um diálogo construtivo sobre os pontos prioritários. Como ápice do processo, o Comitê envia a cada Estado analisado suas Observações Finais, em que recomenda atenção e ações específicas a serem desenvolvidas no que diz respeito aos aspectos mais problemáticos da situação da mulher em cada país.

O Comitê analisa, também, comunicações submetidas por indivíduos ou grupos de indivíduos, que levam a seu conhecimento a ocorrência de violações de direitos garantidos pela Convenção. Esse mecanismo foi estabelecido pelo Protocolo Facultativo à Convenção CEDAW, adotado em 06 de outubro de 1999.

O Protocolo Facultativo cria, portanto, mecanismos que asseguram a implementação da Convenção, abrindo a possibilidade de reparações específicas a casos individuais. Além disso, permite que o Comitê enfatize a necessidade de adoção de remédios efetivos em nível nacional, de uma maneira geral (ONU, 1999, *on-line*).

Entre referidos mecanismos, é possível citar, além das comunicações individuais, as investigações, iniciadas quando o Comitê recebe informação confiável acerca da ocorrência de violações graves e sistemáticas aos direitos das mulheres garantidos na Convenção, cometidas por ação ou omissão do Estado.

Com base em decisões reiteradas tomadas no contexto das Observações Finais, das comunicações individuais e de grupos e das investigações, o Comitê elabora Recomendações Gerais (RGs), cujo objetivo é interpretar, atualizar e contextualizar os direitos e deveres estabelecidos na Convenção CEDAW, como forma de estimular e facilitar seu cumprimento pelos Estados-Partes.

O Comitê elabora as RGs com fundamento em sua própria experiência, muito especialmente da análise do conjunto de relatórios recebidos pelo Comitê, os quais permitem a identificação das dificuldades mais comuns na compreensão e implementação do texto da CEDAW por parte dos governos que preparam os relatórios.

Isso significa que as RGs são elaboradas a partir da dinâmica cada vez mais criativa e construtiva dos órgãos dos Tratados de Direitos Humanos e do Sistema das Nações Unidas como um todo – incluindo, entre outros, Conferências e Informes dos Relatores Especiais. A dinâmica social global, com suas transformações fáticas e valorativas, recebe atenção e espaço nas RGs dos Comitês de Direitos Humanos que permitem ampliar as possibilidades interpretativas das normas internacionais de proteção dos direitos humanos⁶⁴.

O tema do aborto não está presente explicitamente na Convenção CEDAW em seus artigos, embora não haja dúvida de que a proteção da saúde da mulher, estabelecida textualmente, abrande a questão do aborto por ser um tema de saúde pública que afeta milhares de mulheres no mundo⁶⁵.

⁶⁴ Denominando esse processo de “Humanização do Direito Internacional”, Pimentel e Gregorut(2018) trata de forma aprofundada as Recomendações Gerais dos Comitês de direitos humanos da ONU e seu papel crucial na interpretação autorizada das normas de direito internacional.

⁶⁵ Veja, a respeito da incompatibilidade da criminalização do autoaborto e do aborto praticado por terceiro com consentimento da gestante com o sistema de proteção dos direitos humanos das mulheres, José Henrique Torres (2015, p. 76 e seg.) em “Aborto e Constituição”.

Entretanto, por meio do trabalho do Comitê CEDAW, especialmente da elaboração das RGs, o tema tem sido debatido e tratado.

A RG n. 19 de 1992 afirma que a violência contra a mulher é uma forma de discriminação que impede gravemente o gozo dos direitos e liberdades em pé de igualdade com o homem. A RG n. 19 esclarece, ademais, que a definição de discriminação do artigo 1 da Convenção CEDAW inclui a violência com base no sexo, isto é, a violência dirigida contra a mulher, porque é mulher ou que a afete de forma desproporcionada.

O Comitê considerou que os informes periódicos dos Estados-Partes nem sempre refletiam de maneira apropriada a estreita vinculação entre a discriminação contra a mulher, a violência contra a mulher e as violações de direitos humanos e as liberdades fundamentais. Assim, a aplicação cabal da Convenção exigiria que os países adotassem medidas para eliminar todos os aspectos da violência contra a mulher.

A RG 19 de 1992 diz expressamente em seu artigo 22 “A esterilização e o aborto obrigatórios afectam a saúde física e mental das mulheres e violam o seu direito de decidirem o número e o espaçamento entre as suas crianças.” (ONU, 1992, p. 276).

Estabelece, ainda, as seguintes recomendações:

Recomendações específicas

24. À luz destes comentários, o Comité para a Eliminação da Discriminação contra as

Mulheres recomenda:

[...]

m) Os Estados Partes devem assegurar que sejam tomadas medidas para prevenir a coerção no que respeita à fertilidade e à reprodução e assegurar que as mulheres não sejam forçadas a procedimentos médicos inseguros, como o aborto ilegal, devido à falta de serviços apropriados no que toca ao controle da fertilidade (ONU, 1992, p. 277-278, grifo do autor).

Nota-se, por parte do Comitê CEDAW, a preocupação em estabelecer um direito ao planejamento familiar, no sentido de a mulher poder decidir se quer ter filhos ou não, bem como o espaçamento entre eles, considerando uma situação de violência e discriminação a impossibilidade de seu exercício, por falta de serviços apropriados em matéria de controle de fecundidade. Os Estados têm que adotar medidas para que não haja qualquer coação no exercício desse direito, de modo que as mulheres não se vejam obrigadas a buscar procedimentos arriscados e abortos ilegais.

A recente Recomendação Geral nº 35 de 2017, sobre violência de gênero contra as mulheres, atualizando a Recomendação Geral nº 19/1992, aprofunda essa discussão e estabelece que

18. Violações da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, tais como esterilizações forçadas, aborto forçado, gravidez forçada, criminalização do aborto, negação ou atraso do aborto seguro e de cuidados pós-aborto, continuação forçada de gravidez, abuso e maus tratos de mulheres e meninas que procuram informações, produtos e serviços relacionados à saúde sexual e reprodutiva, são formas de violência de gênero que, dependendo das circunstâncias, podem ser equiparadas à tortura ou ao tratamento cruel, desumano ou degradante. (ONU, 2017, *on-line*).

Na RG 35/2017, o Comitê CEDAW estabelece expressamente que a criminalização do aborto e a continuação forçada de uma gravidez constituem violência de gênero, podendo, a depender das circunstâncias, até caracterizar tratamento cruel e ser equiparadas à tortura.

O Comitê CEDAW, em 2012, em suas Observações Finais⁶⁶, quanto ao relatório de apresentado pelo Brasil, dispôs

Saúde 28. O Comitê reconhece que os serviços de saúde do país estão em expansão e que o Estado implementou uma série de medidas destinadas a reduzir a taxa de mortalidade materna, tais como a criação do programa “Rede Cegonha” (2011). No entanto, assinala que esse programa pode não abordar suficientemente todas as causas de mortalidade materna, por se concentrar apenas em serviços de cuidados às mulheres grávidas. Lamenta que as mulheres que se submetem a um aborto ilegal continuem a enfrentar sanções criminais no Estado-Parte e que o gozo da saúde sexual e reprodutiva das mulheres e dos seus direitos esteja sendo prejudicado por uma série de projetos de lei em análise no Nacional Congresso, como a Lei nº 478/2008 (Estatuto do Nascituro). O Comitê é ainda mais preocupado com a feminização da infecção pelo HIV/AIDS.

29. O Comitê insta o Estado-parte a: a) continuar seus esforços para aumentar o acesso das mulheres aos cuidados de saúde e monitorar e avaliar a implementação do programa “Rede Cegonha” visando a reduzir efetivamente a taxa de mortalidade materna, em particular, no âmbito grupos de mulheres desfavorecidas; b) Agilizar a revisão da legislação que criminaliza o aborto, a fim de eliminar as disposições punitivas impostas às mulheres, como já recomendado pelo Comitê (CEDAW/C/BRA/CO/6, parágrafo 3.); e colaborar com todos os intervenientes na discussão e análise do impacto do Estatuto do Nascituro, que restringe ainda mais os já estreitos motivos existentes que as mulheres façam abortos legais, antes da aprovação pelo Congresso Nacional do Estatuto do Nascituro.

Observa-se, por parte do Comitê, que vem recomendando ao Brasil revisão do Código Penal no que diz respeito à criminalização do aborto, bem como ressalta a preocupação com a existência de projetos de lei em tramitação que, ao invés de reverterem a criminalização tornam o aborto ainda mais restrito, ou seja, na contramão das recomendações internacionais.

⁶⁶ CEDAW/C/BRA/CO/7. Observações Finais do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres Brasil 1. O Comitê considerou o sétimo relatório periódico do Brasil (CEDAW/C/BRA/7) em suas 1026ª e 1027ª reuniões, em 17 de fevereiro de 2012 (veja CEDAW/C/SR.1026 e 1027). A lista de temas e questões do Comitê se encontra em CEDAW/C/BRA/Q/7 e as respostas no CEDAW /C/ BRA/Q/7/Add.1.

Ainda, em âmbito internacional, a respeito do aborto, diz a Declaração do Cairo (Conferência Internacional de População e Desenvolvimento de 1994 – CIPD) que em nenhum caso deverá ser promovido como método de planejamento familiar (ONU, 1994).

Como explica Piovesan (2007, p. 60), a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 estabeleceu relevantes princípios éticos concernentes aos direitos reprodutivos, afirmando o direito a ter controle sobre a saúde sexual e reprodutiva como um direito fundamental. As mulheres têm o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade.

Entretanto, apenas na Conferência Internacional sobre a Mulher em Pequim, 1995 (item 106, “k”) (ONU, 1995, *on-line*), no ano seguinte, é que se pôde avançar, no sentido de que todos os governos foram instados a revigorar o seu compromisso com a saúde da mulher; a tratar os efeitos que têm sobre a saúde os abortos realizados em condições inadequadas, como sendo um importante problema de saúde pública; a reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação de serviços mais amplos e melhorados de planejamento familiar; e, por fim, considerar a possibilidade de reformar as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais.

O Comitê do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê PIDESC) também recomendou ao Brasil a revisão de sua legislação criminalizadora do aborto, a fim de que seja enfrentado como um grave problema de saúde pública. Foi recomendado que permitam o aborto sem restrição (PIOVESAN, 2007, p. 62).

No mesmo sentido se manifestou o Comitê de Direitos Humanos da ONU em 2005 que ressaltou que negar acesso ao aborto legal é uma violação dos direitos mais básicos da mulher (PIOVESAN, 2007, P. 63).

Recentemente, em 30 de outubro 2018, o Comitê de Direitos Humanos da ONU aprovou o Comentário Geral n. 36 sobre o direito à vida e disse sobre o aborto que os Estados devem facilitar o acesso para proteger a vida e saúde das mulheres:

9. Aunque los Estados partes pueden adoptar medidas destinadas a reglamentar la interrupción del embarazo, dichas medidas no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de la mujer embarazada o de sus otros derechos en virtud del Pacto, como la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por lo tanto, todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del artículo 7 del Pacto. Los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en las

situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave. Los Estados partes no deben regular el embarazo ni el aborto de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres no tengan que recurrir a abortos peligrosos. [Por ejemplo, no deben adoptar medidas como penalizar los embarazos de las mujeres solteras, ni aplicar sanciones penales a las mujeres que se someten a un aborto o a los médicos que las asisten para hacerlo, cuando se prevea que la adopción de esas medidas va a suponer un aumento significativo de los abortos peligrosos.] Los Estados partes tampoco deben establecer requisitos excesivamente onerosos o humillantes para las mujeres que deseen someterse a un aborto. La obligación de proteger la vida de las mujeres contra los riesgos para la salud relacionados con los abortos peligrosos exige que los Estados partes garanticen a mujeres y hombres, y en particular a los adolescentes, acceso a información y educación sobre las opciones reproductivas y a toda una serie de métodos anticonceptivos. Los Estados partes también deben velar por que las mujeres embarazadas tengan acceso a servicios de atención de la salud adecuados, tanto prenatales como con posterioridad al aborto.

Por fim se menciona a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos no sentido de que o feto não goza de um direito à vida absoluto, o qual deve ser ponderado com os direitos da mulher. A Corte entendeu que leis que autorizam o aborto não violam o artigo 2º da Convenção Europeia que protege o direito à vida (PIOVESAN, 2007, p. 64).

Por todo o exposto observa-se que o Brasil enquanto integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está absolutamente comprometido com a descriminalização do aborto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

E, hoje, temos falado: um debate respeitoso sobre o aborto exige também sutileza intelectual, delicadeza de espírito, altruísmo e generosidade. Silvia Pimentel (2007).

Ao longo do desenvolvimento desta tese foi possível perceber que a questão não é ser contra ou a favor do aborto, embora, invariavelmente, as pessoas sintam-se compelidas a assumir uma das posições no debate e se vejam como inimigas, sem nenhuma disposição de se ouvirem. Como diz Dworkin (2003, p. VIII), no prefácio de sua obra “Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais”, como pretender dialogar com pessoas que estão dispostas a atirar em médicos diante das clínicas de aborto?

Como dialogar com quem trata as mulheres que abortam como assassinas cruéis de fetos indefesos?

Diria a orientadora desta tese, Silvia Pimentel: com “sutileza intelectual, delicadeza de espírito, altruísmo e generosidade”.

Posto o desafio, os esforços foram empreendidos para escrever este trabalho e produzir um discurso científico e, ao mesmo tempo, humano, de levantar hipóteses, de formular perguntas, de buscar metodologia e de leituras, sem se esquecer das mulheres sobre quem se falava: de suas histórias, de suas dores, de suas escolhas, de seus medos e de suas angústias, que chegaram nas centenas de inquéritos policiais e processos estudados.

Este trabalho tem como tese comprovar que a criminalização do aborto no Brasil viola a Constituição Federal de 1988, é discriminatória em relação às mulheres e não atende à proporcionalidade necessária para tamanha restrição de direitos constitucionais fundamentais das mulheres. A descriminalização do aborto e sua regulação é compatível com a proteção do direito à vida do feto desde que este não seja entendido como um direito absoluto e se respeite a laicidade do Estado.

Ao tratar do direito à vida previsto na Constituição Federal de 1988, foi possível concluir que não se trata de direito absoluto, embora seja protegido desde a concepção por força da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, essa proteção é especificada pela

cláusula, “em geral”, que ali foi mencionada justamente para acolher a possibilidade de legislação permissiva do aborto.

O momento em que a vida deve passar a ser protegida e a escolha de como será protegida são decisões políticas, escolhas que não são da biologia ou das religiões, mas jurídicas.

A criminalização do aborto viola a dignidade humana das mulheres e os demais direitos constitucionais imbricados: liberdade, autodeterminação, diferença, privacidade, intimidade, saúde reprodutiva e planejamento familiar, sendo missão do Supremo Tribunal garantir, via controle de constitucionalidade, a realização desses direitos, dando interpretação conforme à Constituição. Atribuição essa que não viola o princípio constitucional da separação de poderes, já que cabe ao Poder Judiciário atuação contramajoritária na proteção constitucional de direitos fundamentais via controle de constitucionalidade.

Esse é um papel que vários tribunais constitucionais no mundo têm desempenhado desde a década de 1970.

Também há violação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos que tem diretivas claras no tocante ao dever do Brasil de descriminalizar o aborto.

A criminalização do aborto não passa pelo crivo da regra da proporcionalidade: não é adequada, necessária e nem proporcional em sentido estrito. A criminalização não impede a realização de abortos que continuam ocorrendo expressivamente, portanto não protege a vida dos fetos e ocasiona mortes de mulheres e sequelas irreparáveis por serem realizados de forma clandestina e insegura. Há meios menos restritivos que protegeriam a vida do feto com maior efetividade, como educação sexual, acesso a métodos de planejamento familiar, políticas sociais e de apoio à maternidade, entre outras. Ou seja, não há impactos positivos na proibição do aborto que o justifiquem.

A criminalização do aborto é seletiva em relação às mulheres pobres, negras e de baixa escolaridade, produzindo mais dor e sofrimento, além do aborto em si, carecendo de baixíssima eficácia do ponto de vista da criminalização secundária, conforme pesquisa empírica realizada no Primeiro Tribunal do Júri da Capital.

Por fim, foi possível verificar que a criminalização do aborto se deve a um Direito ainda patriarcal, sexista e masculinista, que utiliza o crime de aborto como forma de controle da sexualidade e dos corpos das mulheres.

Como diz Marcia Tiburi (2014) há quem fale tentando garantir que o aborto é uma questão de “vida” do embrião e não uma questão de “vida”, “corpo” ou de desejo das mulheres e da mulher. Dessa forma tentam fazer parecer que o aborto é uma questão geral, e não de mulheres concretas, seres históricos e políticos, e da mulher grávida que não é respeitada como indivíduo, em sua singularidade humana. Está sempre em cena o suposto desejo de ser mãe com o “impensável” desejo de não ser mãe.

A mulher que não deseja ser mãe deverá pagar “criminalmente” por sua negação.

Descriminalizar o aborto é permitir que a mulher possa fazer suas escolhas morais com autonomia e responsabilidade.

REFERÊNCIAS

- ABI-MERESHED, Elizabeth A. H.; GILMAN, Denise. Protección Internacional de los derechos humanos de las mujeres. La comisión interamericana de derechos humanos y su informe especial en derechos de la mujer: una nueva iniciativa para examinar el status de las mujeres en las américas. In: C.R. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CLADEM. *Protección Internacional de los derechos humanos de las mujeres*. San José. 1997.
- ALARCON, Mariano Lopez. Valores religiosos y constitución em una sociedad secularizada. In: ORDEÑANA, Juan Goti (org.). *Secularización y laicidad em la experiencia democrática moderna*. San Sebastian: Libreria Carmelo, 1996.
- ALBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de; ZAPATER, Maíra Cardoso. Direito à igualdade e formas de discriminação contra a mulher. In FERRAZ, Carolina Valença et. al. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ALMEIDA JÚNIOR, José Maria G. *Inconstitucionalidade de proposições e outros trabalhos parlamentares de caráter religioso (princípio da laicidade)*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2013. Nota técnica. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/arquivos-pdf/pdf/300836.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.
- ALVES, Lindgren J. A. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- ARÁN, Márcia. Os destinos da diferença sexual na cultura contemporânea. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. v. 11, n. 2, p. 399-422, dez. 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2003000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2018.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Verbatim, 2018.
- ARDAILLON, Danielle. *Para uma cidadania de corpo inteiro: a insustentável ilicitude do aborto*. Anais do XII. Encontro Nacional de Estudos Populacionais. Associação Brasileira de Estudos Populacionais. 2000. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/1056/1021>>. Acesso: em 05 de nov. 2018.
- ÁVILA, Alberto Abad Suárez. *Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres em la jurisdicción constitucional latinoamericana*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 de nov. de 2018.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal (compilación in memoriam)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2004.

_____. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARRETO, Andrea Castilho Nami Haddad. Análise do caso Artavia Murillo vs. Costa Rica e seu impacto sobre o direito ao aborto. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, n. 6. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume6.aspx>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Anencefalia: o direito à interrupção da gestação de fetos inviáveis. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. Trad. Sergio Milliet. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 2 v.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, Renato Nunes. A impossível neutralidade discursiva na práxis educacional e a improbidade ideológica da Escola sem Partido. *Revista Espaço Acadêmico*. Maringá. n. 191. abr. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/36386/18929>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BORGES, Paulo César Corrêa; COELHO NETTO, Helena Henkin. A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*. São Paulo. a 17, n. 25, p. 317-336. 2013. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/927>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública – descriminalização do aborto (3/4)*. 06 ago. 2018. 4h33min. 2018a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=a2_4-xvdWYc>. Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. Ministério da Saúde. *Interrupção voluntária de gestação e impacto na saúde da mulher*. 2018b. Disponível em <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/312d26ded56d74e21deec42b8cf612e8.pdf?x48657>>. Acesso em 18 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Rel. Min. Rosa Weber. autuado 08 mar. 2017. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 124.306/RJ*. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Red. Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Brasília. 29 de nov. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 11 abr. 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_54_DF_1387980410881.pdf?Signature=%2F%2Fu41aigqRiUzVWCUSJXX2pAHTk%3D&Expires=1541710580&AWSSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6fdc894f23179f65d15d259ea7c97337>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Mulheres Brasileiras e Gênero nos espaços público e privado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramos e SESC, 2010. Disponível em <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra_0.pdf>. Acesso em 9 de set. de 2018.

_____. Ministério da Saúde. *20 Anos de Pesquisa sobre Aborto no Brasil*. Brasília. 2009. Disponível em: <<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livreto.pdf>>. Acesso em: 18 de jul. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF*. Requerente: Procurador-Geral da República. Min. Ayres Brito 29 mai. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_3510_DF_1278989373857.pdf?Signature=gYGcx%2B%2BxGk%2FzjpBzo07ePODFoTA%3D&Expires=1541709807&AWSSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6700f7de6bba72533988fa8af8d3a8de>. Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. *Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher;

dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Atenção Humanizada ao Abortamento*. Brasília. 2005a. Norma técnica. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – Princípios e Diretrizes*. Brasília. 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 84.025/RJ*. Partes: Gabriela Oliveira Cordeiro, Fabiana Paranhos, Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 04 mar. 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769331/habeas-corpus-hc-84025-rj>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AGRG no Recurso Extraordinário n. 255.627/RS*. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Ana Luísa Soares de Carvalho. Rel. Nelson Jobim. 21 nov. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365054>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. *Direitos Sexuais e Reprodutivos. Instrumentos Internacionais de Proteção*. Porto Alegre: Themis, 1997.

_____. *Lei n. 9.434, de 04 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. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Emenda Constitucional nº 1*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Decreto-lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais*. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BUGLIONE, Samantha. O aborto voluntário e seu eterno desconforto: um debate sobre o alcance das democracias laicas. In: FERRAZ, Carolina Valença et. al. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2ª, ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar, 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

BUTLER, Judith; RUBIN, Gayle. Tráfico sexual – entrevista de Gayle Rubin com Judith Butler. *Cadernos Pagu*. Campinas: Universidade Estadual de Campinas. n. 21, p. 157-209.

2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n21/n21a08.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CALLIGARIS, Contardo. Estupros, assédios, investidas e paqueras. In: *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo. 2018a. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/contardocalligaris/2018/01/1951200-estupros-assedios-investidas-e-paqueras.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em 31 jan. 2018.

_____. O ódio pelas mulheres. In: *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo 2018b. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/contardocalligaris/2018/01/1953007-o-odio-pelas-mulheres.shtml>>. Acesso em 31 jan. 2018.

CAMPOS, Carmen H. *Teoria feminista e crítica às criminologias*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMPOS, Carmen H.; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen H. (org.). *Lei Maria da Penha (comentada em uma perspectiva jurídico-feminista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARPIZO, Jorge. La interrupción del embarazo antes de las doce semanas. In CARPIZO, Jorge; VALADÉS, Diego. *Derechos humanos, aborto y eutanásia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

CARDOSO, Fabíola de Castro; FELIPE, Sônia T. O estatuto moral de humanos em estado embrionário e fetal: a posição conservadora. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam (orgs.). *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. O estatuto moral de humanos em estado embrionário e fetal: a posição liberal. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam (orgs.). *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARNIO, Henrique Garbellini. Direito e ideologia: o direito como fenômeno ideológico. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica*. Brasil, v. 4. n. 3, 2009. Acesso em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_95-107/95>. Acesso em: 3 de ago. 2017.

CARVALHO, Saulo de. *Antimanual de criminologia*. 6ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CENTER for Reproductive Rights. *The world's abortion laws 2018*. Disponível em: <<http://www.worldabortionlaws.com/map/>>. Acesso em: 19 out. 2018.

CFM – Conselho Federal de Medicina. *Parecer nº 22/2000*. Brasília. 2000. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2000/22>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

CITELI, Maria Teresa. Fazendo diferenças: teorias sobre gênero, corpo e comportamento. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. v. 9, n. 1, p. 131-145, dez. 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2001000100007>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CLARKE, Desmond M. *The Equality of the sexes: three feminist texts of the Seventeenth Century*. New York: Oxford University Press, 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Editora DPJ, 2007.

CREMONEZE, Paulo Henrique. A inconstitucionalidade da ideologia de gênero. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho (orgs.). *Ideologia de gênero*. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2016.

CUNHA José Ricardo, NORONHA, Rodolfo, VESTENA, Carolina Alves. Mulheres Incriminadas por Aborto no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: personagens, discursos e argumentos. In: CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas. (orgs.). *Desafios da Constituição: democracia e estado no século XXI*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2012. p. 209-224.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DATAFOLHA. Maioria dos brasileiros segue contrária à legalização do aborto. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22 ago. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/maioria-dos-brasileiros-segue-contraria-a-legalizacao-do-aborto-mostra-datafolha.shtml>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher. *30 Habeas Corpus: a vida e o processo de mulheres acusadas da prática de aborto em São Paulo*. 2018. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/30%20habeas%20corpus.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Coordenação de Defesa de Mulher e dos Direitos Humanos, CEJUR. *Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. 2018.

DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras. *Ciência e saúde coletiva*. Rio de Janeiro. v. 17, n. 7, p. 1671-1681, jul. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232012000700002>>. Acesso em: 9 set. 2018.

_____. Aborto no Brasil: uma perspectiva domiciliar com técnica de urna. *Ciência e saúde coletiva*. Rio de Janeiro. vol. 15, supl.1. p. 959-966. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2018.

DREZETT, Jefferson; PEDROSO, Daniela. Aborto e violência sexual. *Ciência e Cultura*. São Paulo. vol. 64, n. 2, p. 35-37, abr/jun. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21800/S0009-67252012000200015>>. Acesso em: 18 out. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACIO, Alda; FRIES, Lorena. Feminismo, gênero y patriarcado. In: LA MORADA – Corporación de Desarrollo de la Mujer. *Genero y Derecho*. Santiago de Chile. 1999. p. 6-38. Disponível em: <http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/publicaciones/Lib_genero_derecho.pdf>. Acesso em: 05 nov 2018.

FERNANDES, André Gonçalves. Ideologia de gênero, transexualidade e retificação de assento. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros (orgs.). *Ideologia de gênero*. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2016.

_____. Aborto: aspectos jurídicos e políticos. In: CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Inviolabilidade do direito à vida*. São Paulo: Noeses, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, debate sobre el derecho y la democracia*. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. A questão do embrião: entre direito e moral. *Revista do Ministério Público de Portugal*. n. 94, ano 24, abr/jun 2003. Disponível em: <http://rmp.smmp.pt/ermp/rmp_94/mobile/index.html#p=1>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. Igualdad y diferencia. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRIRA, Emilia Juliana. “Entre o ser humano e as leis existem muitas coisas”: vozes femininas acerca da criminalização do aborto. *Cadernos de Campo*. n. 22. São Paulo. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANCO, Alberto Silva Franco. *Comentários ao Código Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 6.

GARCIA, Maria. Os sentidos da liberdade: aborto, uma decisão igualitária perante a lei. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais On Line, vol. 106, p. 49-61, mar-abr, 2018.

_____. Espécie humana, a última fronteira: instrumentalização e ética no uso de embriões humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais On Line, vol. 72, p. 258-290, jul-set, 2010.

_____. Estado laico e estado a-ético: embriões humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana no estado democrático de Direito. O direito constitucional à vida (art. 5.º, caput, da CF/1988). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais *On Line*, vol. 64, p. 245-257, jul-set, 2008a.

_____. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto e sua descriminalização. A justiça restaurativa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais *On Line*, vol. 65, p. 192-20, out-dez, 2008b.

_____. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de Consenso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais *On Line*. vol. 24, p. 73-83, jul-set, 1998.

GILBERT, Lauren. Balance de la relatoría especial sobre la mujer en la comisión interamericana de derechos humanos, In: C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CLADEM. *Protección Internacional De Los Derechos Humanos De Las Mujeres*. San José, 1997.

GIOTTO, Rachel R. *Sigilo Médico*. 2017. Disponível em: <<http://giottoadvogados.com.br/sigilo-medico/>>. Acesso em 21 jul. 2017.

GONÇALVES, Tamara Amoroso; ROSENDO, Daniela. Direito à vida e à personalidade do feto, aborto e religião no contexto brasileiro: mulheres entre a vida e a morte. *Éthic@*. Santa Catarina, v. 14, n. 2, p.300-319, 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_a_vida_e_a_personalidade_do_feto_aborto_e_religiao_no_contexto_brasileiro_mulheres_entre_a_vida_e_a_morte.pdf>. Acesso em: 6 de set. 2018.

GONÇALVES, Tamara Amoroso; LAPA, Thais de Souza. Instrumentos Jurídicos e o aborto nos tribunais brasileiros. In: ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís de Souza; PISANESCHI, Tatiane Crenn. (orgs.). *Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciário Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Oficina Editorial, 2010, p. 49-85.

GOUGES, Olympe de. *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*. 1791. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014.

GUERRA, Willis Santiago. O princípio constitucional da proporcionalidade. *Revista do TRT da 15ª Região*. Campinas. n. 20. set. 2002.

HEILBORN, Maria Luiza et. al. Gravidez imprevista e aborto no Rio de Janeiro, Brasil: gênero e geração nos processos decisórios. *Revista Latino-Americana de Sexualidad, Salud y Sociedad*. n.12, p. 224-257, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sex/n12/10.pdf>> Acesso em: 28 ago. 2018.

JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Especial*. 33ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. Sistema Penal e Direitos da Mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 9. 1995.

KEHL, Maria Rita. *Deslocamentos do feminino: a mulher freudiana na passagem para a modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

_____. *A mínima diferença: masculino e feminino na cultura*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1996.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y Sistema Penal, violência doméstica*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial IB de F, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LIMA, Carolina Alves de Sousa. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. *Cadernos Pagu*. Campinas: Universidade Estadual de Campinas. n. 50, 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 31 out. 2018.

MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Débora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciência saúde coletiva [online]*. vol.21. n.2. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015212.10352015>>. Acesso em: 2 mai. 2018.

MANHAS, Cleomar. Nada mais ideológico que “Escola sem Partido”. In Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016.

MARÍN, Ruth Rubio. El aborto em Portugal. Nuevas tendencias en el constitucionalismo europeo. In COOK, Rebecca J; EDRMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard. (eds.). *El aborto en el derecho transnacional: casos y controversias*. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ideologia de gênero. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros (orgs.). *Ideologia de gênero*. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2016.

_____. A inviolabilidade do direito à vida. In CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Inviolabilidade do direito à vida*. São Paulo: Noeses, 2013.

MAUTNER, Thomas. *Dicionário de Filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2011.

MELO, Mônica de; CORAL, Andrea. Sigilo Médico e aborto sob a ótica do direito à privacidade e do direito da à saúde reprodutiva. In: MELO, Mônica de; PIMENTEL, Silvia; PEREIRA, Beatriz (orgs.). *Direito, Discriminação de Gênero e igualdade*. 1ª ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2017. v. 1.

MELO, Mônica de. A criminalização do feminicídio no Brasil, direitos humanos das mulheres, princípio da proporcionalidade e direito penal mínimo. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo* v. 3 n. 9. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume9.aspx>. Acesso em: 5 nov. 2018.

MELO, Mônica de. A criminalização do feminicídio no Brasil, direitos humanos das mulheres, princípio da proporcionalidade e direito penal mínimo. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. São Paulo: EDEPE, a. 03, v. 3, n. 9, 2018. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume9.aspx>. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. O Estado laico e a defesa dos direitos fundamentais: democracia, liberdade de crença e consciência e o direito à vida. In: DIAS, Roberto (org.). *Direito Constitucional: temas atuais: homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*. São Paulo: Método, 2007.

_____. Feminismos, antipunitivismo e o direito fundamental das mulheres à uma vida livre de violência. (no prelo). São Paulo. 2018.

MELO, Mônica de; VILARINO, Marisa. *A denominada “Ideologia de gênero”: um obstáculo ao direito à educação?* (no prelo). São Paulo. 2018.

_____. Ensino religioso confessional nas escolas públicas: a leitura da laicidade estatal pelo STF na ADI 4439 e o desafio dos sistemas de ensino. In: CONCI, Luiz Guilherme; FIGUEIREDO, Marcelo (coords.). *30 anos da Constituição: múltiplos olhares sobre as suas promessas*. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Soraia Mendes. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal, parte especial*. 31^a ed. São Paulo: Editora: Atlas, 2013.

MIRANDA, Giuliana. Idioma e facilidade de acesso atraem brasileiras para abortar em Portugal. *Folha de São Paulo*. 20 set. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/09/idioma-e-facilidade-de-acesso-atraem-brasileiras-para-abortar-em-portugal.shtml>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2^a ed., rev. atual., Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MORAES, Maria Lygia Quartim de. *Prefácio à obra Reivindicação dos direitos da mulher*. Trad. Ivania Pocinho Motta. 1^a ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

OLSEN, Frances. El sexo del derecho. In: RUIZ, Alicia E. C. *Identidad femenina y discurso jurídico* (comp.). Colección Identidad, Mujer y Derecho. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. p. 25-42.

_____. El sexo del derecho. In: KAIRYS, David (ed.). *Politics of Law*. Traducción de Mariela Santoro y Christian Nueva York: Pantheon. Courtis, 1990 p. 452- 467, Disponível em <http://equis.org.mx/wp-content/uploads/2016/01/S_1_2.pdf>. Acesso em 28 ago. 2017.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Organización de los Estados Americanos. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. 2012. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/cp-cajp-inf_166-12_esp.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. *Resolución 23/81*, Caso 2141, Baby Boy, 6 de marzo de 1981. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

ONU – Organização das Nações Unidas. Comitê de Derechos Humanos. *Observación general num. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*. 30 out. 2018. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf> . Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). *Recomendação Geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres*. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/36697562/Tradução_Recomendação_Geral_No_35_CEDAW> Acesso em: 6 set. 2018.

_____. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). *Protocolo Facultativo à Convenção CEDAW*. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher. *Programa de Ação de Pequim*. 1995. <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. *Plataforma do Cairo*. 1994. <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. *Declaração e Programa de Ação de Viena*. 1993. <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). *Recomendação Geral n. 19 sobre Violência contra a mulher*. 1992. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom19>> Acesso em: 6 set. 2018.

_____. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres*. 1979. Disponível em: <<http://plataformamulheres.org.pt/docs/PPDM-CEDAW-pt.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional. *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: https://www.cm-vfxira.pt/uploads/writer_file/document/14320/Carta_das_Na__es_Unidas.pdf - carta das nações unidas ONU – 1945>. Acesso em: 06 nov. 2018.

PIERANGELI, José Henrique. *Código Penal Comentado artigo por artigo*. 1º ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

PIERUCCI, Antonio Flávio. *Ciladas da diferença*. Curso de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo. São Paulo: Ed. 34, 1999.

PIMENTEL, Silvia; GREGORUT, Adriana. Humanização do Direito Internacional. As Recomendações Gerais dos Comitês de direitos humanos da ONU e seu papel crucial na interpretação autorizada das normas de direito internacional. (artigo no prelo). *Revista UFMG*. 2018.

PIMENTEL, Silvia. Gênero e direito. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. Um pouco de história da luta pelo direito constitucional à descriminalização e à legalização do aborto: alguns textos, várias argumentações. Assim temos falado há décadas. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (coords.) *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. *Anais do Seminário direitos sexuais e reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

_____. *Anais do Seminário direitos sexuais e reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2005.

_____. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PRADO, Danda. *O que é aborto?* 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Brasiliense, 2007.

PRADO, Luis Regis de. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REVISTA NATIONAL GEOGRAPHIC BRASIL. *A revolução do gênero: novas tendências e comportamentos mudam a cara dos jovens do século 21*. Edição Especial. a. 17, n. 202. jan. 2017. São Paulo.

RIO DE JANEIRO. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Relatório final: Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça*. Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade – UERJ – IPAS. Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/Relat%C3%B3rio-FINAL-para-IPAS.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência: os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha (coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins Rodrigues. Ideologia de gênero. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros (orgs.). *Ideologia de gênero*. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2016.

ROE vs. WADE: direitos das mulheres nos Estados Unidos da América. Documentário Netflix (1h39min), 2018.

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do *Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

RUBIN, Gayle. *Políticas do Sexo*. Trad. Jamile Pinheiro Dias. São Paulo: Ubu, 2017.

_____. *Deviations*. Durham, NC: Duke University Press, 2011.

_____. *O Tráfico de mulheres: notas sobre a economia política do sexo*. Trad. Christine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha e Sonia Corrêa. Recife: SOS Corpo, 1993. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/1919>>. Acesso em: 28 de fev. 2018.

RUBIN, Gayle; BUTLER, Judith. Tráfico sexual – entrevista de Gayle Rubin com Judith Butler. *Cadernos Pagu*. Campinas: Universidade Estadual de Campinas. n. 21, p. 157-209. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n21/n21a08.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. Constitucionalidade, moralidade e tratamento penal do aborto com consentimento da gestante. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

SAFATLE, Vladimir. Posfácio: Dos problemas de gênero a uma teoria da despossessão necessária: ética, política e reconhecimento em Judith Butler. In: BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Trad. Rogério Bettoni. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Quantos sexos? Quantos gêneros? Unissexo/Unigênero? *Cadernos de Crítica Feminista*. Recife: SOS Corpo, ano III, n. 2, p. 6-32, dez. 2009a.

_____. Ontogênese e filogênese do gênero: ordem patriarcal de gênero e a violência masculina contra as mulheres. *Série Estudos e Ensaios*. FLACSO-Brasil, p. 1-43. jun. 2009b. Disponível em: <http://flacso.redelivre.org.br/files/2015/03/Heleieth_Saffioti.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. Conferência O Segundo Sexo à luz das teorias feministas contemporâneas. In: MOTTA, Alda Britto da; SARDENBERG, Cecília; GOMES, Márcia (orgs.). *Um diálogo com Simone de Beauvoir e outras falas*. Salvador: NEIM/UFBA, Coleção Bahianas, n. 5, 2000. Disponível em <<http://www.neim.ufba.br/wp/wp-content/uploads/2013/11/simone.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Primórdios do conceito de gênero. *Cadernos PAGU*, Campinas: Universidade Estadual de Campinas, vol. 12, p. 157-163, 1999.

SAKAMOTO, Leonardo. Escola Sem Partido: doutrinação comunista, coelho da páscoa e papai noel. In Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. Aborto, a política do crime. *Revista de Direito Penal*. v. 1, n. 1. Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP25.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (coords.) *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

_____. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (coords.) *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188911-69.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Monica Mask Pacheco de Almeida Prado. Comarca de Jaú. 1ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Diniz Fernando. 2018a. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188904-77.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188904-77.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188896-03.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Hellen dos Santos. Comarca de São Paulo. 15ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Kenarik Boujikian. 2018b. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188896-03.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188896-03.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188903-92.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Maria Aline Roque. Comarca de Ourinhos. 14ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Laerte Marrone. 2017a. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionId=3D068572447FC3D973E8EB929F5070F7.cposg5?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188903-92.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188903-92.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=&gateway=true#?cdDocumento=33>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188893-48.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Debora Gislaine da Silva Costa. Comarca de Apiaí. 15ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Encinas Manfré. 2017b. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188893-48.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188893-48.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188894-33.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Elizabeth Aparecida Leme Ferreira da Silva. Comarca de Hortolândia. 3ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Airton Vieira. 2017c. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188894-33.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188894-33.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188895-18.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Ester Yukimi Nagata. Comarca de Pariquera-Açu. 13ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Moreira da Silva. 2017d. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188895-18.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188895-18.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188906-47.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Priscila Aguiar. Comarca de Aguaí. 8ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Grassi Neto. 2017e. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&pagina>>

Consulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188906-47.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188906-47.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=#?cdDocumento=40>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188914-24.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Vanessa Rodrigues de Sousa. Comarca de São Paulo. 11ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Paiva Coutinho. 2017f. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188914-24.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188914-24.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188913-39.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Thais Fernanda Rodrigues Bentos. Comarca de Birguí. 9ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Sérgio Coelho. 2017g. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188913-39.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188913-39.2017.8.26.0000&dePesquisa=&pbEnviar=Pesquisar>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188901-25.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Jackeline Macedo Barbosa. Comarca de Batatais. 9ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Carlos Monnerat. 2017h. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188901-25.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188901-25.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2188911-69.2017.8.26.0000*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Leme Garcia. Comarca de Guararema. 16ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Leme Garcia. 2017i. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2188911-69.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188911-69.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SCHWARZER, Alice. *Simone de Beauvoir Hoje*. Trad. José Sanz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Trad. Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. 199-. Disponível em: <http://compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/JoanScott_Genero_umacategoriautil.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2018.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIEGEL, Reva B. La constitucionalización del aborto. In: COOK, Rebecca J; EDRMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard. (eds.). *El aborto en el derecho transnacional: casos y controversias*. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

SILVA, Beatriz Pereira. Notas introdutórias sobre transfeminicídio no Brasil. In PIMENTEL, Silvia; PEREIRA, Beatriz; MELO, Mônica. *Direito. Discriminação de Gênero e Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. vol. 798. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23-50.

STOLLER, Robert J. *Sex and gender: on the development of masculinity and femininity*. New York: Science House, 1968.

STOPPINO, Mario. Ideologia. In: BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 13ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008-2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. rev. atual. por GARCIA, Maria. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios*. São Paulo: Editora Alameda, 2017.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

TESSARO, Anelise. O debate sobre a descriminalização do aborto: aspectos penais e constitucionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais On Line, set. 2008.

TIBURI, Márcia. Aborto como metáfora. In: BORGES, Maria de Lourdes, TIBURI, Márcia (orgs.). *Filosofia: machismo e feminismo*. Florianópolis: UFSC, 2014.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Manifestação na Audiência Pública da ADPF 442. In. MAEDA, Patrícia. *A criminalização do aborto é incompatível com a garantia de assistência plena à saúde e à vida das mulheres*. Brasília. 2018. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/08/10/a-criminalizacao-do-aborto-e-incompativel-com-a-garantia-de-assistencia-plena-a-saude-e-a-vida-das-mulheres/>> Acesso em 10 set. 2018.

_____. *Aborto e Constituição*. 1ª ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

UGARTE, Pedro Salazar. *Estado Laico Y Derechos Sexuales e Reproductivos*. GIRE – Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. 2008. Disponível em: <http://www.sidocfeminista.org/images/books/12857/12857_00.pdf>. Acesso em: 26 de set. 2016.

UNDURRAGA, Verónica. El principio de proporcionalidade em el control de constitucionalidade de las normas sobre el aborto. In COOK, Rebecca J; EDRMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard. (eds.). *El aborto en el derecho transnacional: casos y controversias*. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. *Feminicidio, Oficina en Mexico del Alto Comissionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. 1ª ed. México. 2009

VILLELA, Wilsa Vieira; BARBOSA, Regina Maria. *Aborto, saúde e cidadania*. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

VENTURA, Miriam (org.); IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia; BARSTED, Leila Linhares (colab.). *Direitos sexuais e reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2003.

VITAL, Cristina; LOPES, Paulo Victor. *Religião e Política: uma análise da atuação dos parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012.

XIMENES, Salomão. O que o direito à educação tem a dizer sobre “Escola sem Partido”. In Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo. Ação Educativa, 2016.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos direitos da mulher*. Trad. Ivania Pocinho Motta. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

ZAGO, Marco Antonio; COVAS, Dimas Tadeu. *Células-tronco, a nova fronteira da medicina*. São Paulo: Atheneu, 2006.