XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

RENATO DURO DIAS

MARGARETH PEREIRA ARBUÉS

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

G326

Gênero, sexualidades e direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Renato Duro Dias

Margareth Pereira Arbués – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-794-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

Apresentação

Com extrema satisfação apresentamos um conjunto de artigos que dialogam as temáticas de gênero, sexualidade e direito sob uma perspectiva transversal e interdisciplinar. Nesta obra é possível perceber o avanços das pesquisas nestes campos no contexto dos Programas de Pós-graduação em Direito no Brasil. Isso demonstra, em certa medida, o acerto do CONPEDI de potencializar estes estudos criando um GT específico para estes temas. As investigações aqui propostas versam sobre: teorias e epistemologias feministas (feminismos e estudos de gênero); teoria queer e debates sobre sexualidades, especialmente a questão trans; violências e opressões de gênero e suas relações com os direitos humanos; as interseccionalidades de gênero e raça e os diálogos sobre bioética, aborto e violência obstétrica. Trata-se de uma bela coletânea de reflexões, com base em referencial teórico e metodológico apurado e em estudos de viés empírico. Leitura recomendada para investigadores e investigadoras que pretendem se debruçar sobre estes emergentes estudos.

No primeiro bloco de estudos aparecem com potências as investigações sobre sexualidades: Do bloqueio da puberdade da criança trans e o poder familiar de Tereza Rodrigues Vieira e Raphael Prieto dos Santos; Famílias Contemporâneas: filhos biológicos de pais transexuais e os registros civis de Valéria Silva Galdino Cardin e Juliana Rizzo da Rocha Loures Versan;

Homofobia no Ambiente Laboral: aspectos indenizatórios e seus critérios de quantificação de Fabrício Veiga Costa e Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares e A Questão das Minorias Sexuais e a sua inclusão na Lei Maria da Penha: possibilidade? de Paulo Roberto de Souza Junior.

Na sequência temos artigos que propõe questionar as interfaces entre gênero, violência e o sistema jurídico-penal. Aqui as discussões apresentam um repertório de estudos que vão de Foucault à Fraser. São as investigações: Lei Maria da Penha como Marco Regulatório a dar Visibilidade à violência contra a mulher de Claudine Rodembusch Rocha e Henrique Alexander Grazzi Keske; O Retorno da “Violenta Emoção” e a Ofensiva Patriarcalista ao Avanço dos Direitos Humanos das Mulheres: a Corpo Feminino como Território Biopolítico de Joice Graciele Nielsson e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Feminicídio no Brasil em 2019: reflexões sobre a Notícia 24/19 da Comissão Interamericana e Direitos Humanos –

CIDH de Gecyclan Rodrigues Santana e Estupro em Conflitos Armados: respostas do Direito Internacional à Violência de Gênero de Victória Medeiros de Rezende e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith.

Para finalizar as excelentes investigações apresentadas neste GT, o último conjunto de estudos dialoga corpo, gênero e raça. Trata-se dos seguintes trabalhos: do Corte Cirúrgico à Violação do Corpo: Possibilidades de Reconhecimento da Episiotomia enquanto Violência contra a Mulher de Manoel Rufino David De Oliveira; Ricas Pagam, Pobres Morrem, Todas Sofrem: uma reflexão sobre o Aborto e a Legislação Penal brasileira de Thaís Dias David; Ainda as Ações Afirmativas como Instrumentos à Promoção da Igualdade de Gênero no Brasil de Ana Carolina E. dos Santos Guedes de Castro e Andrea Abrahão Costa e Ressignificando e Politizando Raça: pelo Direito de Resistir e (Re)Existir na Sociedade Brasileira de Angélica Azeredo Garcia Caporal e Fernanda da Silva Lima.

Sentimo-nos honrados em poder partilhar mais um excelente conjunto de reflexões sobre gênero, sexualidade e direito. Fica o convite à leitura!

Coordenador e Coordenadora

Prof. Dr. Renato Duro Dias - Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

Profa. Dra. Margareth Pereira Arbués - Universidade federal de Goiás (UFG)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

RICAS PAGAM, POBRES MORREM, TODAS SOFREM: UMA REFLEXÃO SOBRE O ABORTO E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

THE RICH PAY, THE POOR DIE, ALL SUFFER: CONSIDERATIONS ON ABORTION AND THE BRAZILIAN PENAL LAW

Thaís Dias David

Resumo

Objetiva-se tratar do tipo penal do aborto na perspectiva dos direitos humanos das mulheres, através da análise de documentos de ordem internacional, como pactos e convenções, e da Constituição Federal. Através da pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial utilizadas, verificou-se que a criminalização do aborto no Brasil é ineficiente, reverte em um sério problema de saúde pública, pois são altos os números de morbidade e mortalidade entre as mulheres, além de dar causa a notória seletividade penal. Buscou-se identificar o impacto da criminalização na realidade atual, e demonstrar a progressiva flexibilização do tipo penal pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Aborto, Direito das mulheres, Dignidade, Direitos humanos, Seletividade penal

Abstract/Resumen/Résumé

The paper seeks to address the definition of the crime of abortion under the women's human rights standpoint by analyzing international documents, such as treaties and conventions, and the Federal Constitution. The documentary, literature, and case law survey showed that abortion is inefficiently defined as a crime in Brazil, posing a major public health issue, given the high morbidity and mortality rates among women and the notorious criminal selectivity. It intends to identify the impact of the definition of this crime in the current reality and show the progressive flexibleness of the definition of crime by the Federal Supreme Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Women's rights, Dignity, Human´s rights, Criminal selectivity

1. Introdução

A análise da legislação penal ordinária vigente e a realidade atual demonstra a existência de um enorme descompasso: apesar das sanções atribuídas ao tipo penal do aborto (CP, arts. 124 e 126), as mulheres não deixam de abortar. Estima-se, nesse sentido, a ocorrência de cerca de um milhão de abortos induzidos por ano no país. Dentro desse universo, outro dado chama ainda mais atenção: o índice de mortalidade por abortamento no Brasil concentra-se entre as mulheres negras, jovens, solteiras e que estudaram até o ensino fundamental.[1]

Pelos mais variados motivos e independentemente da classe social, muitas mulheres optam por interromper a gravidez. Um dos grandes problemas que envolve a questão é que as mulheres que possuem recursos financeiros costumam fazer o procedimento com profissional capacitado e minimizando os riscos de complicações, enquanto mulheres desprovidas de renda – na maioria das vezes, sem muita informação – recorrem a métodos inseguros. O procedimento para interrupção da gestação não é, em si, de alto risco, mas dependendo das condições em que for realizado pode ser fatal. A classe social impacta diretamente no grau de morbidade e mortalidade das mulheres que abortam.

O trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, com o propósito de demonstrar que a criminalização do aborto traz, em si, uma violação aos direitos humanos das mulheres, um grave problema de saúde pública e seletividade penal, o que traz mérito à necessidade de reflexão sobre flexibilização da lei punitiva em vigor, que pode ser alcançada com o julgamento, se procedente, na ADPF nº 442, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Ao longo da abordagem proposta, dividida em cinco partes, serão enfrentados: a controvérsia sobre o início da vida (infra, 1), a evolução do conceito de dignidade da pessoa humana (infra, 2), a conjuntura atual dos direitos humanos e direitos fundamentais da mulher (infra, 3), e o aborto no Brasil (infra, 4). No apagar das luzes, serão tecidas algumas considerações finais.

2. A controvérsia sobre o início da vida

[1] Conforme dados do Ministério da Saúde apresentados na audiência pública convocada pela ministra relatora da ADPF nº 442, Rosa Weber. Ingressada em 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade, a ADPF nº 442 pleiteia a declaração da não recepção parcial dos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal, pela CF, por serem violadores de vários princípios (dignidade da pessoa humana, cidadania e não discriminação) e direitos fundamentais (inviolabilidade da vida, liberdade, igualdade, proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, saúde e planejamento familiar) da Carta Magna.

O principal argumento dos que se posicionam contra a interrupção da gravidez se dá com base no direito à vida, garantido pela Constituição e inerente a todos os seres humanos, considerando-se que a vida começa com a concepção, quando o espermatozoide fecunda o óvulo dando origem à multiplicação de células.

Apesar de a Constituição silenciar-se quanto ao momento no qual se inicia a vida, através de uma interpretação sistemática das normas penais, que não vedam a utilização de DIU e outros métodos contraceptivos que impossibilitam a fixação do zigoto no útero, como a pílula do dia seguinte, nosso Código Penal adota a teoria da nidação, isto é, que só há vida humana a partir da fixação do embrião no útero.

Os defensores da manutenção da legislação que criminaliza o aborto alegam que não há outro referencial para todas as etapas do desenvolvimento humano que não seja a fertilização, pois toda a vida se desenvolve a partir dela, portanto, seria inaceitável a determinação de doze semanas para a realização do aborto, já que essas semanas são contadas a partir da fertilização.[2]

É inegável que o embrião tornar-se-á, se desenvolvido, um ser humano em potencial, mas, conforme as palavras do Ministro Ayres Brito, em seu voto pela improcedência da ADI nº 3510, que questionava a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa, prevista na Lei de Biossegurança, "o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O zigoto não pode antecipar-se à metamorfose".[3] No estágio inicial da gravidez o embrião não tem qualquer chance de sobreviver fora do útero materno, ele depende completamente do corpo da mulher. Esse fato é incontroverso, independente se já há vida humana ou não.

Com isso, temos a seguinte questão: o embrião e o feto são equiparáveis à pessoa humana e detentores de direitos e garantias fundamentais, previstas na Lei Maior, e devem ser resguardados? Se a resposta fosse positiva, até mesmo o aborto permitido por lei, como aquele praticado em caso de estupro, em casos de anencefalia ou para salvar a vida da mãe, deveriam ser proibidos.

O Ministro Marco Aurélio, relator na ADPF nº 54, que tratava sobre a possibilidade da realização do aborto de fetos portadores de anencefalia, em relação ao caráter não absoluto do

[2] Conforme explanação do Movimento Nacional da Cidadania pela Vida, em audiência pública convocada pela Ministra Rosa Weber, na ADPF 442: "É inegável, a fertilização é referencial inegável para todas as etapas do desenvolvimento desse novo ser humano. Nenhum ser começa com 12 semanas, como nenhum mês começa no dia 12, isso é óbvio; eu só posso contar 12 semanas a partir da fecundação; eu não tenho nenhum outro referencial para contar 12 semanas."

[3] STF. ADI nº 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 28/05/2010. Citado pelo ministro relator em seu voto, p. 20.

direito à vida cita o próprio texto constitucional, que, em seu artigo 5º, inciso XLVII, permite a pena de morte na hipótese de guerra declarada. Em consonância com essa inteligência, o próprio Código Penal prevê o aborto para salvar a vida da gestante e também o ético ou humanitário, isto é, do feto ainda que sadio, mas que seja resultado de estupro como causa de excludente de ilicitude.[4] A vida de um indivíduo não se sobrepõe a do outro. Contudo, a prática do aborto nesses casos é pouco questionada.

Além disso, não há qualquer exigência legal que determine que uma pessoa deva sacrificar o seu próprio corpo em detrimento de outrem, ainda que seja para salvar a vida dessa pessoa. Mesmo sendo o ato de abortar ativo, no sentido de interromper o desenvolvimento do embrião ou feto, não se discute que todo o ônus em relação à disposição do corpo para que seja possível a gestação é da mulher (DWORKIN, 1996, p. 48). E tão somente dela.

Apesar de não ser possível definir qual o exato momento em que se inicia a vida, estudos científicos desenvolvidos por médicos do *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists*, na Grã-Bretanha,[5] concluíram que os fetos são pouco desenvolvidos até a 26ª semana de gestação, uma vez que até esse período as conexões nervosas no cérebro não se formaram completamente e o ambiente do útero cria um estado de sono induzido, como um estado de inconsciência. As conexões nervosas do córtex cerebral, área que processa respostas a estímulos dolorosos no cérebro, por não estarem completamente desenvolvidas, impedem que o feto sinta dor.

A partir da leitura do artigo 3º, da Lei 9.434/97, que trata da remoção de órgãos para transplantes e tratamentos, é possível constatar que o fim da vida se dá com a ausência de atividades cerebrais, configurando a designada morte encefálica.[6] Por simetria, o início da atividade cerebral poderia ser considerada como o marco inicial da vida.

A fim de demonstrar como o legislador bem definiu distinções entre pessoa humana e feto, é imperioso destacar que dentre os crimes contra a vida a sanção para o delito de homicídio é bem mais grave do que a do aborto. Se o embrião ou feto fosse equiparado à pessoa humana, como alguns postulam, a prática de aborto seria homicídio – mas não o é.

---

[4] STF. ADPF nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 30/04/2013. A ação foi julgada procedente para a realização do aborto de fetos anencéfalos, de forma que a tipificação dessa conduta nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal deve ser considerada inconstitucional.

[5] Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. *fetal awareness review of research and recommendations for practice*. Londres, 2010. p. 2. "A major and important conclusion of the report was that the human fetus did not have the necessary structural integration of the nervous system to experience awareness or pain before 26 weeks of gestation."

[6] Art. 3º, da Lei 9.434/97: "A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina."

Indo além, o Código Civil Brasileiro determina que a personalidade civil da pessoa se inicia com o nascimento com vida, mas que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Assim, mesmo que haja proteção aos direitos do feto, somente é considerada pessoa aquela nascida com vida. Como salienta Fábio Ulhoa Coelho:

> Os sujeitos humanos são os homens e mulheres. Estes sujeitos surgem, para o direito, desde o momento em que um embrião do mamífero primata Homo sapiens se encontra alojado no útero de uma fêmea da espécie e inicia seu processo de formação de um animal biologicamente independente. Enquanto alojado no útero da mãe, o sujeito de direito é chamado de nascituro e não tem personalidade jurídica. É um sujeito despersonalizado. Só pode praticar os atos para os quais haja expressa previsão legal, como, por exemplo, receber bens em doação (CC, art. 542). Seu estatuto jurídico altera-se substancialmente quando, decorridos cerca de nove meses, o processo de formação de um animal biologicamente independente expulsa o ser humano do aconchego do útero materno. Se, nesse momento, nascer com vida (respirar), o sujeito adquire personalidade jurídica, isto é, torna-se uma pessoa para o direito (COELHO, 2012, p. 331).

Apesar do supracitado posicionamento, a divergência doutrinária está longe do fim. Depois de ter elogiado abertamente a teoria concepcionista enfatizando excelentes argumentos, Clóvis Beviláqua conclui ter adotado a natalista, "por parecer mais prática". O autor, nessa mesma obra, destaca situações em que o nascituro "se apresenta como pessoa" (BEVILÁQUA, 1975, p. 178).

Ainda que o feto não seja uma pessoa humana, nada impede o Estado de legislar para proteger os interesses daquele. Assim como o Estado poderia legislar para proteger os interesses dos cães. Mas é extremamente duvidoso se poderia interceder para proteger esses interesses suprimindo direitos constitucionais inerentes à pessoa humana, como o direito de uma mulher de exercer o controle sobre o próprio corpo (DWORKIN, 1996, p. 90).

Para desenvolvimento do raciocínio em relação à proteção de interesses pelo Estado, devemos analisar quando alguém ou alguma coisa possui interesses. Uma estátua não possui interesses, ainda que as pessoas apreciem admirá-la; uma cenoura baby que é servida como aperitivo não tem interesses, mesmo podendo se desenvolver em uma cenoura grande. Isso porque tanto a estátua, quanto a cenoura, não possuem nenhuma forma de consciência. Para que existam interesses, há que se ter algum tipo de desenvolvimento mental e vida física. Criaturas que sentem dor, obviamente, possuem interesses em evitá-la. Causar dor ao feto seria contra os interesses dele também, mas ele somente pode sentir dor após um determinado estágio (mais avançado) da gestação (DWORKIN, 1996, p. 91).

Para que o aborto seja considerado contra os interesses do feto, é necessário determinar se e quando o feto tem interesses, e não se esses interesses que estão para se desenvolver serão

eliminados pela prática do aborto. O argumento de que para alguém ou alguma coisa possuir interesses é necessária consciência nos parece irrefutável, e conforme o estudo científico mencionado, a partir da 26ª semana de gestação iniciam-se os estímulos sensoriais, concentrados no cérebro, que é o órgão responsável pela racionalidade. Essa racionalidade pode ser compreendida como a origem da dignidade do homem, e o seu poder para construir o seu próprio mundo (BARAK, 2015, p. 24).

Compreendendo que a dignidade da pessoa humana se dá com a sua racionalidade, tendo em vista serem os seres racionais possuidores de interesses e, portanto, de direitos a serem resguardados, se faz pertinente abordar de forma sucinta a construção histórica do conceito de dignidade da pessoa humana a fim de ampliar esse entendimento, como será apresentado a seguir.

3. Breve exposição sobre a evolução do conceito de dignidade da pessoa humana

O reconhecimento dos direitos humanos ganhou impulso a partir do Iluminismo e tem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França de 1789 como um marco histórico importante. A partir daí iniciou-se um período de controle da razão sobre o comportamento humano, liberdade do homem para se desenvolver e tolerância entre as pessoas (BARAK, 2015, p. 26).

Kant (1724-1804) foi quem forneceu bases firmes para as ideias a respeito da racionalidade do homem e seu livre arbítrio. Para ele, o princípio universal de um direito é a liberdade da pessoa para escolher os seus objetivos e a forma para realizá-los, na condição de comportarem liberdade idêntica para que as outras pessoas escolham e realizem seus objetivos. Esse livre arbítrio é a humanidade na pessoa, é o direito de toda pessoa como pessoa humana, já nascida. O direito à independência é um direito nato, e não adquirido (BARAK, 2015, p. 27).

O livre arbítrio da pessoa é o seu direito de ser seu próprio mestre, pois se um indivíduo é visto como um objeto para outra pessoa, ele serve como mero instrumento para satisfazer os desejos do outro. A partir disso, tem-se a visão de que o significado da dignidade humana é a rejeição da possibilidade de que uma pessoa seja apenas um meio de satisfazer as vontades de outra. Todos os seres humanos são iguais no sentido de que ninguém é dono do seu próximo. O direito à humanidade constitui o direito de que a pessoa e ninguém mais tome decisões em relação às suas vontades. O direito nato à sua humanidade, remete à plena liberdade de fazer o que quiser com o seu corpo, desde que isso seja compatível com a liberdade dos outros. O

direito de uma pessoa de ser seu próprio mestre é violado se ela estiver sujeita às vontades de outro (BARAK, 2015, p. 28).

Dworkin, associado às ideias de Kant sobre dignidade humana, propõe que há tipos de tratamentos em relação ao homem que parecem ser inconsistentes com o reconhecimento dele como membro da comunidade humana, e que tratar o homem dessa forma é extremamente injusto. Em seu livro *Domínio da vida*, o autor examina questões que envolvem o aborto e a eutanásia, e observa que tanto os apoiadores, quanto os críticos, aceitam a ideia de que a vida é santa, o que quer dizer que a temática principal de ambos os argumentos está no respeito ao valor inerente de nossas próprias vidas (BARAK, 2015, p. 28).

Decisões que envolvem a morte, como as relacionadas ao aborto, afetam nossa dignidade humana. O reconhecimento do valor da dignidade humana, traz o reconhecimento da necessidade de liberdade de cada indivíduo: "porque prezamos a dignidade, insistimos na liberdade... porque honramos a dignidade, exigimos democracia" (BARAK, 2015, p. 29).

O autor apresenta, ainda, dois princípios basilares para a dignidade da pessoa humana. O primeiro, diz respeito ao reconhecimento do valor intrínseco de cada pessoa. Cada indivíduo tem o seu valor especial, e esse valor não é importante somente para ele, pois o sucesso ou fracasso de cada um é importante para todos nós. O segundo princípio, discorre sobre a responsabilidade pessoal de cada um. Cada pessoa tem responsabilidade sobre o sucesso ou fracasso em sua própria vida, assim, deve-se utilizar disso para realizar escolhas que reflitam no modo de vida que o fará bem-sucedido pelo seu ponto de vista (BARAK, 2015, p. 29).

Esses dois princípios foram desenvolvidos e expandidos posteriormente, e Dworkin oferece estrutura para uma abordagem filosófica com um padrão geral que irá integrar moralidade e ética. Em relação à moralidade, analisa-se o padrão pelo qual o homem deve tratar o seu próximo, e quanto à ética, o padrão pelo qual o homem deve viver sua própria vida. A partir disso, temos dois princípios que servem de base para se viver bem: o primeiro está relacionado ao respeito por si mesmo, o segundo, à autenticidade. Autenticidade que significa que, nas relações com os outros, cada um deva expressar-se, e identificar e buscar, o seu conceito do que é viver bem (DWORKIN, 2011, p. 2019).

O respeito por si mesmo requer respeito pelos outros. Se há respeito pela própria vida, também se deve respeitar a vida do próximo. Autenticidade está relacionada com respeito próprio, pois coloca no homem a responsabilidade por suas ações em relação aos outros. Esses princípios configuram a dignidade humana.

Nos ensinamentos de Castilho:

> Em suma, a dignidade da pessoa humana significa, por um lado, a garantia da autodeterminação, estendida a todos os homens, sem distinção. Nessa perspectiva, consubstancia-se na aplicação do princípio da igualdade. Por outro lado, implica um complexo de direitos e deveres atribuídos ao indivíduo, ao Estado e a terceiros, relacionado com a vedação da submissão a tratamentos degradantes e com a obrigatoriedade de implementação, por parte do Estado, de condições que permitam o pleno desenvolvimento das capacidades humanas, dos pontos de vista individual e coletivo, observadas as peculiaridades de cada sociedade (CASTILHO, 2012, p. 260).

Nada se compara à dignidade, isto é, não há nada no mundo que possa substituir a dignidade, porquanto:

> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (KANT, 1986, p.77).

Podemos considerar que a dignidade da pessoa humana é intrínseca de todo o homem, em razão de sua racionalidade e consequentemente, seus interesses e vontades. Somente seres racionais são fins em si mesmos e a única finalidade para sua existência é a sua vida. O homem é insubstituível, por isso é digno. O princípio é aplicável de maneira igualitária, e "constitui fundamento das normas defensivas, impeditivas da atuação do Estado e de terceiros, e implica resguardar o âmbito de autonomia de cada ser humano" (CASTILHO, 2012, p. 260). Cada indivíduo é único, e possuidor de experiências e crenças pessoais, assim, não cabe impor ao próximo o que se pensa ser certo ou adequado. Por isso dignidade relaciona-se diretamente com o *direito à liberdade*.

É importante frisar que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio norteador dos direitos humanos, sofreu um processo evolutivo desde a sua concepção. A título de exemplo, cabe lembrar a Constituição Brasileira de 1934, que explicitou o direito à igualdade perante a lei, independente de raça, sexo, riqueza, classe social, orientação religiosa. Foi somente aí que as mulheres conquistaram o direito ao voto (CASADO FILHO, 2012, p. 58). A partir dessa constatação, se faz necessária uma abordagem envolvendo os direitos humanos e fundamentais das mulheres.

4. Direitos humanos e direitos fundamentais da mulher

Por meio de uma análise histórica da construção política e normativa dos direitos das mulheres constata-se que esses direitos, enquanto direitos humanos, fazem parte de uma recente transformação e que somente foram reconhecidos nas décadas de 80 e 90 do século XX.

Entretanto, em torno de tais direitos ainda pairam grandes disputas ideológicas e políticas acerca de alguns conceitos e ainda quanto ao seu conteúdo, pois os grupos conservadores e religiosos insistem na intervenção junto aos poderes para fazer valer as suas concepções morais e religiosas acerca da sexualidade e da reprodução.

Foi a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), na sequência da segunda guerra mundial, que trouxe em seu bojo a concepção contemporânea de direitos humanos enquanto direitos universais, indivisíveis e interdependentes. Através dos ideais e dos princípios enunciados na Declaração Universal é que, posteriormente, no âmbito da Organização das Nações Unidas e também em âmbito regional, inúmeros outros documentos internacionais de direitos humanos foram aprovados e adotados, a fim de promover e proteger os direitos humanos específicos de grupos determinados.

Nota-se que, logo no artigo 1º da referida Declaração[7], há a determinação de que todos os seres humanos nascem iguais e livres em dignidade e direitos, não fazendo qualquer menção aos seres que estão por nascer, e que esses humanos são dotados de razão e consciência. No artigo 2º,[8] de maneira enfática, coloca todas as pessoas em posição de igualdade, independente, inclusive, do gênero.

Nas décadas seguintes foram criados vários outros documentos em âmbito internacional, a fim de garantir e proteger direitos específicos para pessoas consideradas dentro de sua realidade individual. Dentre essa variedade de documentos, destaca-se o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, do ano de 1966, que posteriormente, em 1992, foi ratificado pelo Brasil. O documento trouxe a proteção do direito à vida, à liberdade, à integridade física, à vida privada, à intimidade, à igualdade, incluindo a igualdade no matrimônio. Os artigos 2º, inciso 1, 3º, 6º, inciso 1, 17, inciso 1, 18, inciso 1 e 26, dizem respeito, respectivamente, sobre a garantia de direitos sem qualquer discriminação, a igualdade entre homens e mulheres para dispor de todos os direitos civis e políticos, o direito à vida como direito inerente a toda pessoa humana, a proibição da intervenção estatal na vida privada e na família e de ofensas ilegais à honra, à liberdade de religião e a proteção contra qualquer forma de discriminação.

Outro documento adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, e ratificado pelo Brasil em 1992, foi o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Dentre os mais importantes dispositivos relacionados aos direitos das mulheres,

[7] DUDH, Artigo 1°. "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".
[8] DUDH, Artigo 2°. "Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação (...)".

destacam-se os artigos 2º, 10 e 12, que fazem menção às garantias de igualdade de direitos sem discriminação, igualdade entre os homens e as mulheres, direito ao elevado nível de saúde física e mental, direito à vida, à privacidade, à liberdade.

No âmbito das Nações Unidas, foi adotada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher em 1979, ratificada pelo Brasil em 1984, já que era evidente a carência de um documento internacional para a promoção e proteção dos direitos humanos na perspectiva de gênero. Dessa forma, os Estados-partes assumiram a responsabilidade de tomar medidas concretas através de mudanças legislativas e criar políticas públicas para promover e garantir os direitos das mulheres, com o intuito de eliminar as discriminações fundadas no gênero. As previsões presentes na referida Convenção demonstram a preocupação de que os direitos reprodutivos da mulher devam ser controlados por ela, assegurando a livre decisão. Toda exclusão, distinção e restrição baseadas no sexo, que puder impedir o pleno exercício dos direitos humanos e as liberdades fundamentais pela mulher em qualquer campo da vida, compreende discriminação.

Dentre as recomendações feitas pelo Comitê, destacam-se as de que os Estados devem priorizar a prevenção da gravidez indesejada através do planejamento familiar e da educação sexual e de que devem reduzir a taxa de mortalidade materna através de serviços para a maternidade segura e de que, na medida do possível, devem modificar a legislação que dispõe sobre a punição imposta às mulheres pela prática do aborto, sem discriminação.[9]

A Declaração e Programa de Ação de Viena, resultante da Conferência Mundial dos Direitos Humanos realizada em Viena, no ano de 1993, abordou os direitos das mulheres e os mesmos foram explicitamente declarados direitos humanos. Consagrou os direitos das mulheres como direitos humanos, afirmando que:

> Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional (...)

[9] UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *draft report of the working group on the universal periodic review - brazil*. Geneva, 09 de maio de 2017: "6.158. Ensure access to reproductive health care, including high quality prenatal care, and information on sexual and reproductive health, contraception and emergency contraception, and safe abortion to all women without discrimination (Switzerland); 6.159. Ensure universal access to comprehensive sexual and reproductive health services, without discrimination in accordance with the commitments made, among others, in the Montevideo Consensus (Uruguay); 6.160. Continue the commitments made in terms of access to the voluntary termination of pregnancy in order to ensure full respect for sexual and reproductive rights (France); 6.161. Continue expanding access to voluntary termination of pregnancy in order to ensure the full recognition of sexual and reproductive rights (Iceland)."

Outro documento internacional que contribuiu para um avanço na garantia dos direitos humanos das mulheres foi o Plano de Ação da Conferência Mundial de População e Desenvolvimento, em Cairo, no ano de 1994. Mais do que isso, o Plano de Ação foi um grande precursor de mudanças com relação à saúde de homens e mulheres, aos direitos sexuais e reprodutivos, pois pôde proporcionar mudanças significativas no âmbito da criação e implementação de políticas públicas voltadas para as questões de desenvolvimento e população dentro de cada Estado. Foi dada ênfase à mulher e à sua trajetória de extrema desigualdade em relação aos homens, afirmando serem os alicerces dos programas de desenvolvimento populacional, a eliminação da violência contra a mulher e a garantia de que somente ela poderia exercer controle sobre sua fecundidade.

O Programa de Ação do Cairo atribui as principais funções envolvendo a questão populacional às famílias, casais e indivíduos, e aos Estados, o dever de garantir os meios para exercê-las. Os direitos reprodutivos passaram a fundamentar toda ação, demonstrando serem os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, indivisíveis. A partir desses direitos, os Estados devem garantir a autonomia de mulheres e homens na tomada de decisões na esfera da saúde reprodutiva e sexual e, ao mesmo, tempo fomentar mecanismos (através da alteração e criação legislativa e de políticas públicas) para a garantia da referida autonomia. Outro ponto fundamental, foi a harmonia no entendimento de que é direito de mulheres e homens de determinar se e quando, desejam reproduzir-se. Assim, empregou-se o direito à autodeterminação, à privacidade, à intimidade, à liberdade e à autonomia individual, sem a interferência estatal. Para que esses direitos possam ser gozados em sua plenitude, é necessário que os Estados se movimentem, no sentido de modificar as leis que limitam tais direitos e implementar políticas públicas com o intuito de torná-los efetivos (EMMERICK, 2007, p. 97).

No que diz respeito à saúde reprodutiva, foi dada uma conceituação muito mais abrangente e os direitos reprodutivos passaram a ser abordados como direitos humanos. Fundamentada no conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde, a saúde reprodutiva passou a ser considerada como um completo estado de bem-estar físico, mental e social. O capítulo VII do Plano de Ação do Cairo afirma, nesse sentido, que:

> (...) os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como de ter informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também

> o direito de tomar decisões sobre reprodução, livre de discriminações, coerções ou violências, conforme expresso nos documentos de direitos humanos.

Além disso, no capítulo VIII, demonstrou preocupação com os índices altos de mortalidade e morbidade materna numa escala mundial, frisando que:

> Complicações relacionadas com a gravidez e o parto estão em muitas partes do mundo em desenvolvimento, entre as causas principais de mortalidade materna de mulheres em idade reprodutiva. No âmbito global, foi estimado que cerca de meio milhão de mulheres morrem anualmente por causas ligadas à gravidez, noventa e nove por cento delas nos países em desenvolvimento. É enorme a distância existente entre as taxas de mortalidade materna das regiões desenvolvidas e das regiões em desenvolvimento. Atualmente, cerca de noventa por cento dos países, representando noventa e seis por cento da população mundial, têm políticas que permitem o aborto, sob várias condições legais, para salvar a vida da mulher. Todavia, uma significativa proporção de abortos realizados é auto-induzida ou de alguma forma inseguro, resultando numa grande percentagem de mortes maternas ou danos irreversíveis para as mulheres envolvidas.

Acrescenta-se, ainda, que a plataforma mundial dos direitos humanos das mulheres foi reforçada com a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, no ano de 1995, que deu ênfase aos direitos das mulheres como sendo parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais.

A ordem internacional afirmou a necessidade do comprometimento do governo com a saúde da mulher, e de se considerar o impacto do aborto clandestino e inseguro como um importante problema de saúde pública. Assim, o melhor é que se resolva a partir de proposições legislativas e políticas públicas voltadas para a saúde da mulher e para evitar a gravidez indesejada.

O avanço mais significativo ocorrido no âmbito dos direitos humanos pela sociedade brasileira foi por meio da Constituição Federal de 1988. Foi a Carta Magna que reafirmou os compromissos contraídos pelo Brasil diante da ordem internacional, dando *status* de direitos fundamentais a uma série de direitos já resguardados por documentos internacionais. Consagrou-se o princípio da dignidade da pessoa humana, como o limite imposto aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (CF, art. 60, § 4º, IV), além de ter agregado ao seu texto as várias reivindicações dos movimentos das mulheres, incluindo a concepção dos direitos reprodutivos.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi empregado no artigo 1º, inciso III, da CF, tendo como pressuposto fundamental a liberdade e a autonomia da vontade dos seres humanos; dessa forma, homens e mulheres devem ser responsáveis por suas vidas e suas

atitudes. O artigo 5º trata dos direitos e garantias fundamentais, dentre esses direitos, está o da igualdade de gênero: homens e mulheres devem ser considerados iguais perante a lei, sem qualquer distinção. Outros direitos e garantias, como à liberdade, à vida, à segurança, à propriedade, também estão inseridos no rol desse artigo.

Quanto à saúde, é possível perceber que a definição desse direito não significa apenas um bem-estar físico, mas também, psicológico e social. Impõe-se ao Estado o dever de garantir a saúde a todos, de forma igualitária e universal e não só para tratamento de doenças e enfermidades, mas também para a prevenção das mesmas.

O artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição, estabelece que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, e o fundamenta nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O dispositivo afirma que as questões envolvendo a reprodução compete, exclusivamente, ao casal, que de forma responsável e independente, decidirá sobre a família. Ao Estado, cabe fornecer educação e orientação, seja proporcionando informações, seja provendo meios de prevenção. A Lei 9.263/96 – Lei do Planejamento Familiar – conceituou bem: "Entende-se planejamento familiar como um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal".

Outros progressos relacionados aos direitos humanos das mulheres foram a adoção da Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes[10], que prevê a assistência completa à saúde nos casos de violência sexual e do aborto em casos de gravidez resultantes de estupro e a adoção da Norma Técnica sobre Atenção Humanizada ao Abortamento[11], também ordenada pelo Ministério da Saúde, que pode ser entendida como a admissão do governo brasileiro de que o aborto, em especial, o aborto inseguro, representa um gravíssimo problema de saúde pública.

Nos âmbitos internacional, através dos tratados e convenções, e nacional, com a implementação da Constituição Federal de 1988, os direitos humanos das mulheres, especialmente no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos, evoluíram bastante. Entretanto, a legislação penal brasileira ainda é um entrave para que as mulheres possam gozar desses direitos na plenitude, exigindo reflexão no sentido da mudança. É o que segue.

[10] Para maiores esclarecimentos ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. DEPARTAMENTO DE AÇÕES PROGRAMÁTICAS ESTRATÉGICAS. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica, Secretaria de Atenção à Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.
[11] Para maiores esclarecimentos, seja consentido remeter-se a: BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. DEPARTAMENTO DE AÇÕES PROGRAMÁTICAS ESTRATÉGICAS. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica, Secretaria de Atenção à Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

5. O aborto no Brasil

O Código Penal Brasileiro prevê o delito aborto no capítulo I, que trata dos crimes contra a vida. O artigo 124 tipifica a conduta criminosa quando o sujeito ativo é a gestante, consistindo em "provocar aborto em si mesma" ou em "consentir que outrem lhe provoque", e o penaliza com detenção de 1 a 3 anos, já o artigo 126 determina a aplicação de pena de 1 a 4 anos de reclusão para o agente que "provocar aborto com o consentimento da gestante".

Cumpre destacar que, considerando a pena mínima em abstrato, que é 1 (um) ano de detenção, os agentes farão jus ao benefício da suspensão condicional do processo,[12] conforme determina o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, isso se cumprirem os requisitos autorizadores da suspensão (artigo 77 do Código Penal). Em caso de aceitação da proposta de sursis processual e homologação pelo Juiz competente, transcorrido o prazo determinado da suspensão e cumpridas as condições, será declarada extinta a punibilidade e, como consequência, será o processo arquivado sem julgamento do mérito.

A doutrina diverge quanto ao sujeito passivo nos crimes tipificados nos artigos 124 (autoaborto e aborto consentido) e 126 (praticar aborto com o consentimento da gestante), já que para muitos o sujeito passivo é o feto ou embrião, que desde a sua concepção é detentor dos direitos civis do nascituro (CAPEZ, 2012, p. 131); outros defendem, porém, a tese de que o produto da concepção não pode ser sujeito passivo de crime, mas mero objeto, de modo que apenas o Estado e a sociedade seriam vítimas (CABETTE, 2012, p. 45).

Há anos a legislação penal referente ao autoaborto e aborto consentido vem se mostrando ineficaz, tendo em vista que apesar das sanções cominadas nos tipos, as mulheres que sofrem com uma gravidez indesejada não deixam de fazê-lo. Ademais, a análise do impacto da norma jurídica na realidade social se impõe, já que devemos considerar a eficiência da lei como uma virtude, pois se trata de ação que produz o efeito desejado. Especificamente, quanto à ciência do direito, trata-se de ciência social que deve produzir efeito no meio social, o efeito desejado na convivência entre os homens e esse efeito deve ser aquele que produz um bem, em sua forma mais abstrata (ALVIM, 2017).

Analisar a figura do criminoso também é de extrema importância, já que este cumpre função essencial no desenvolvimento moral da sociedade, não só permitindo as transformações

[12] STJ. 5ª Turma, RHC nº 7379/RS. Relator : Ministro Felix Fischer. DJ 24/08/1998. p. 91: "I – O fato de ser, o auto-aborto, crime doloso contra a vida não é, por si só, óbice para a aplicação da suspensão prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95".

necessárias, mas em algumas situações, preparando-as diretamente. Isto é, "o criminoso não só permite a manutenção do sentimento coletivo em uma situação suscetível de mudança, mas antecipa o conteúdo mesmo da futura transformação. De fato, frequentemente o delito é a antecipação da moral futura". Durkheim passou a ver o delinquente de "ser radicalmente antissocial, como espécie de elemento parasitário, de corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade", como "um agente regulador da vida social" (BARATTA, 2011, p. 61).

O Estado não pode ignorar o cenário atual, pois é inadmissível que ocorram mais casos como o de Elizângela[13], 32 anos, que saiu para fazer aborto e foi encontrada morta na Estrada de Ititioca, deixando três filhos; de Caroline[14], 28 anos, que teve seu corpo abandonado em Duque de Caxias, após complicação no procedimento em clínica clandestina; ou Jandira[15], 27 anos, mãe de duas filhas, que saiu para fazer aborto e teve seu corpo encontrado mutilado e carbonizado, no dia seguinte. Essas mulheres, criminosas perante o ordenamento jurídico, tornaram-se vítimas fatais em razão de estarem proibidas de exercerem o seu direito de escolha dentro dos ditames legais.

O poder legislativo se omitiu em relação às necessidades de mudança na ordem penal. Desde 1940, ou seja, quarenta e oito anos antes da promulgação da Constituição em vigor, o aborto é tipificado como crime, tendo como excludentes somente o aborto realizado para salvar a vida da mãe e quando a gravidez é resultante de estupro. No decorrer das décadas, ocorreram avanços significativos no âmbito da medicina, permitindo que os fetos portadores de anencefalia fossem identificados ainda em estágio não avançado da gestação – e com isso veio a necessidade do Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre a matéria.

No julgamento da ADPF nº 54, o ministro Marco Aurélio trouxe dados de extrema relevância, como o de que até o ano de 2005 os juízes e tribunais formalizaram cerca de 3.000 autorizações para a interrupção da gravidez nos casos de fetos incompatíveis com a vida extrauterina[16], demonstrando que apesar do legislativo permanecer inerte no que diz respeito

[13] Disponível em: https://extra.globo.com/casos-de-policia/mulher-sai-para-fazer-aborto-e-encontrada-morta-em-niteroi-14009639.html. Acesso em 12/03/2019.

[14] Disponível em: http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/09/mulher-morreu-de-hemorragia-interna-apos-aborto-diz-laudo-da-policia.html. Acesso em 12/03/2019.

[15] Disponível em: https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/caso-jandira-gravida-morta-em-clinica-clandestina-de-aborto-se-torna-simbolo-no-rio-18122014. Acesso em 12/03/2019.

[16] STF. ADPF nº 54. Voto Min. Relator Marco Aurélio: "(...) até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública".

ao aborto, o judiciário iniciava a mudança, até então, embrionária, respaldando-se na dignidade humana e nos direitos e garantias constitucionais. A ação foi julgada procedente, permitindo que as mulheres que desejassem realizar o aborto de fetos anencéfalos pudessem fazê-lo legalmente.

Progressivamente, a Corte Constitucional vem flexibilizando o crime de aborto, conforme julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/2016, onde foi concedida ordem de ofício, pois concebido o entendimento de que a criminalização do aborto antes de concluído o terceiro trimestre de gestação, viola os direitos fundamentais da mulher, além de contrariar o princípio da proporcionalidade. Em seu voto, o ministro Barroso invoca uma série de direitos e garantias fundamentais da mulher que são violados com a criminalização até a 12ª semana de gestação[17]. Impõe-se destacar resumidamente os argumentos expostos pelo ministro:

1. Autonomia da mulher: correspondente ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). Direito de todos os homens e mulheres de tomarem as próprias decisões morais que envolvem a trajetória da sua vida. Privacidade dentro da qual lhes caberá vivenciar seus próprios valores e desejos, sem a intervenção do Estado. Tratando-se, especificamente, da mulher, um dos aspectos centrais de sua autonomia, diz respeito ao controle do próprio corpo e da tomada de decisões relacionadas a ele, incluindo a de interromper uma gravidez indesejada.
2. Integridade física e psíquica: direito que protege as pessoas contra lesões aos seus corpos e mentes (CF/1988, art. 5º, caput e III), relacionando-se com o direito à saúde e à segurança. É o corpo da mulher que sofrerá transformações, riscos e consequências oriundas da gestação. A integridade psíquica é afetada com a ideia de comprometimento para toda a vida com um outro ser, exigindo renúncia e dedicação. Gerar uma criança por determinação da lei penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.
3. Direitos sexuais e reprodutivos: direitos que incluem o de a mulher decidir sobre se e quando deseja procriar, sem discriminação, coerção e violência, bem como o de obter o mais alto nível de saúde sexual e reprodutiva. Justamente em razão de ser da mulher o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos. O tratamento penal dado ao tema, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva

[17] STF: 1ª Turma, HC nº 124.306/2016. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 17/03/2017. Para maiores esclarecimentos ver voto redator do acórdão do ministro Roberto Barroso, p. 05-10.

da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada.

4. Igualdade de gênero: vedação da hierarquização dos indivíduos em razão do sexo, impondo a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não.
5. Discriminação social e impacto desproporcional sobre as mulheres pobres: a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro.

Posteriormente, em março de 2017, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) ajuizou a ação de descumprimento de preceito fundamental nº 442, que tramita no Supremo Tribunal Federal, pleiteando a declaração da não recepção parcial dos artigos 124 e 126, do Código Penal, pois seriam violadores dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como dos direitos fundamentais das mulheres. Foi realizada audiência pública em agosto de 2018, onde a ministra relatora Rosa Weber ouviu os mais diversos argumentos favoráveis e desfavoráveis à descriminalização até a 12ª semana de gestação. A ação ainda aguarda julgamento sem data para ocorrer. Ainda que não haja um consenso em relação à possibilidade da realização do aborto no primeiro trimestre de gestação, não se pode negar que o cenário do injusto penal no ordenamento jurídico brasileiro está em transformação.

6. Considerações Finais

A prática do aborto será sempre vista com repulsa por muitos membros da sociedade, em razão dos indivíduos compartilharem de valores, experiências e crenças, que vão de encontro ao ato de interromper uma gravidez. Entretanto, não podemos admitir que esses fundamentos suprimam direitos e garantias fundamentais da mulher. Cumpre questionar: se os homens engravidassem, o aborto seria ainda criminalizado? É bastante possível que não, já que pela própria construção histórica dos direitos humanos, somente recentemente se enxergou a

necessidade de elaboração de documentos que cuidassem para que a mulher tivesse sua dignidade igualmente respeitada e promovida integralmente pelos Estados.

Ainda que seja incontroverso que houve inúmeros avanços na perspectiva de gênero relacionados a esses direitos, a legislação que dispõe sobre a criminalização do aborto ainda assombra as mulheres que contraiam uma gravidez indesejada. Os números levantados pelo Ministério da Saúde são assustadores e comprovam que leis em relação ao aborto são ineficientes, pois não coíbem a prática da interrupção da gravidez e têm como consequência sérios problemas de saúde pública, levando mulheres pobres e sem instrução à morte. Além disso, é um exemplo notório da seletividade penal, já que as que possuem recursos financeiros podem pagar por profissionais capacitados, mitigando o grau de exposição a complicações físicas e ao poder coercitivo estatal.

As complicações do aborto inseguro trazem ainda uma enorme sobrecarga para o SUS, tendo em vista o fato de que para cada morte materna ocorrem ao menos trinta casos graves e mais de 250 mil hospitalizações.[18] Frisa-se: muitas mulheres demoram ou não querem procurar ajuda em caso de complicações derivadas do aborto induzido, pois temem pela punição do Estado, já que o aborto constitui crime, o que acarreta em riscos ainda maiores para a saúde e a vida dessas mulheres.

Ao refletir sobre o tema, Dworkin esclarece:

> As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas. (...) Decidir sobre um aborto não é um problema isolado, independentemente de todas as outras decisões, mas sim um exemplo expressivo e extremamente emblemático das escolhas que as pessoas devem fazer ao longo de suas vidas, todas as quais expressam convicções sobre o valor da vida e o significado da morte (DWORKIN, 2003, p. 143).

Com a explanação realizada sobre os direitos e garantias fundamentais e dos direitos humanos, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, através da análise da Constituição Federal e de Tratados e Convenções Internacionais, demonstrou-se que a

[18] Dados trazidos pelo Ministério da Saúde em audiência pública convocada pela ministra relatora da ADPF nº 442, Rosa Weber.

descriminalização do aborto não feriria tais mandamentos. Pelo contrário: adequaria a legislação ordinária penal em relação a esses preceitos.[19]

A despeito de não se negar haver vida humana em desenvolvimento quando se fala em embrião ou feto, é imperioso destacar que inúmeras mulheres tiveram suas vidas consumidas por uma legislação ordinária ineficiente e inconstitucional. Compreender que todos possuímos o direito de realizar as escolhas que traçarão a nossa trajetória é a essência para se compreender que a criminalização do aborto afronta a liberdade individual de fazer escolhas sobre o próprio corpo, sobre a própria vida. Levar uma gestação indesejada a termo é *escravidão* imposta pelo Estado, e recai somente sobre a mulher.

A mudança se faz necessária na trajetória para a evolução, até porque, nas palavras do nobre pensador francês Charles Fourier, "o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher".[20]

7. Referências bibliográficas

DWORKIN, Ronald. f*redom´s law*. New York: Oxford University Press, 1996.

Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. *fetal awareness review of research and recommendations for practice*. Londres, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *curso de direito civil. 5ª ed. vol. 1. parte geral.* São Paulo: Saraiva, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.

BARAK, Aharon. *human dignity:* the constitutional value and the constitutional right. Cambridge: Cambridge university press, 2015.

DWORKIN, Ronald. *justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

CASTILHO, Ricardo. *direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. *fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986.

CASADO FILHO, Napoleão. *direitos humanos e fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *draft report of the working group on the universal periodic review - brazil*. Geneva, 2017.

[19] CF, Art. 5º, § 2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

[20] STF. ADI nº 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 28/05/2010. Citado pelo ministro relator em seu voto, p. 55.

EMMERICK, Rulian. *corpo e poder:* um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2007.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. DEPARTAMENTO DE AÇÕES PROGRAMÁTICAS ESTRATÉGICAS. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica, Secretaria de Atenção à Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. DEPARTAMENTO DE AÇÕES PROGRAMÁTICAS ESTRATÉGICAS. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica, Secretaria de Atenção à Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

CAPEZ, Fernando. *curso de direito penal*, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *direito penal*: parte especial I. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. *eficiência e direito*. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUC. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito. Ed. 1. 2017.

BARATTA, Alessandro. *criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais.* 2ª ed. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2003.