

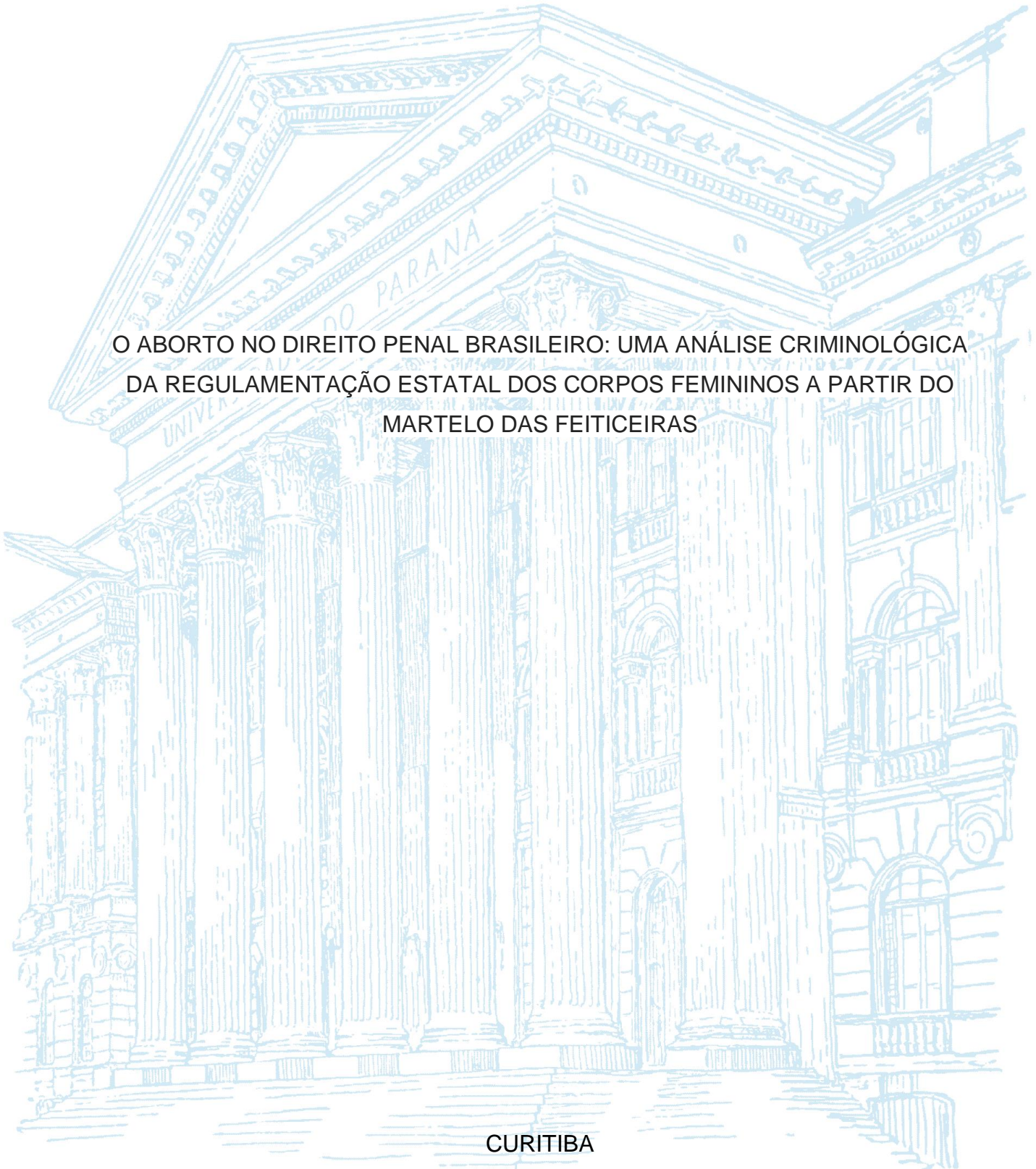
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GABRIELA SOKOLOVICZ RIBAS

O ABORTO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA  
DA REGULAMENTAÇÃO ESTATAL DOS CORPOS FEMININOS A PARTIR DO  
MARTELO DAS FEITICEIRAS

CURITIBA

2019



GABRIELA SOKOLOVICZ RIBAS

O ABORTO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA  
DA REGULAMENTAÇÃO ESTATAL DOS CORPOS FEMININOS A PARTIR DO  
MARTELO DAS FEITICEIRAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Priscilla Placha Sá

CURITIBA

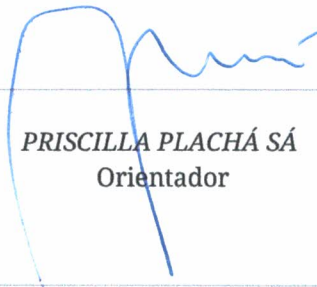
2019

# TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIELA SOKOLOVICZ RIBAS

## **O aborto no Direito Penal brasileiro: uma análise criminológica da regulamentação estatal dos corpos femininos a partir do Martelo das Feiticeiras**

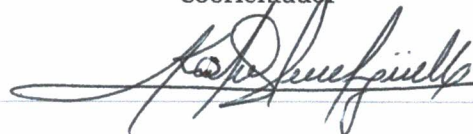
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



---

PRISCILLA PLACHÁ SÁ  
Orientador

Coorientador



---

KATIE SILENE CÁCERES ARGUELLO  
Primeiro Membro



---

JULIA HELIODORO GITIRANA  
Segundo Membro

Dedico este trabalho, com muito amor, à minha mãe, quem primeiro me ensinou a importância do feminismo e sempre me disse que nós mulheres somos todas Bruxas, antes mesmo que eu pudesse entender tudo o que isso representa.

me levanto  
sobre o sacrifício  
de um milhão de mulheres que vieram antes  
e penso  
*o que é que eu faço*  
*para tornar essa montanha mais alta*  
*para que as mulheres que vierem depois de mim*  
*possam ver além*

-legado

(KAUR, 2018, p. 213.)

## RESUMO

A perseguição às bruxas entre os séculos XV a XVIII, cujas bases estão codificadas no *Malleus Maleficarum*, o manual dos inquisidores para a identificação e punição da bruxaria, buscava, através da sistemática inferiorização do feminino, a ampla neutralização das mulheres dotadas de relativa autonomia sobre si e sobre seus corpos e detentoras de conhecimentos medicinais. Através da normatização da sexualidade feminina, buscava-se amoldar o corpo dócil do trabalhador, a fim de que pudesse servir aos propósitos patriarcais do Estado moderno que começava a ser construído. A caça às bruxas, no entanto, não se constitui enquanto um fenômeno isolado, de modo que os ideais criminológicos codificados através do *Malleus Maleficarum* foram adaptados e reproduzidos nos modelos de persecução penal que se seguiram a ele e até hoje. Neste sentido, o Martelo das Feiticeiras é importante não só pelos esforços na regulamentação dos corpos femininos, mas porque é representativo do discurso do poder punitivo atual. É neste cenário que o presente trabalho se insere, buscando compreender que a escolha política pela criminalização do aborto é resultado de esforços decorrentes de uma construção patriarcal de Estado e de um poder punitivo com raízes inquisitoriais. Por fim, tendo em mente todo o exposto, e diante da realidade que envolve a questão da interrupção voluntária da gravidez no Brasil, sustenta-se a necessidade de uma alteração legislativa, no sentido de descriminalizar, ou regulamentar, a prática do aborto voluntário no país.

Palavras-chave: Criminologia. Feminismo. Bruxas. Aborto. Descriminalização.

## ABSTRACT

The persecution of witches between the fifteenth and eighteenth centuries, whose bases were codified in the *Malleus Maleficarum* — the guidebook for Inquisitors used in order to aid them in the identification and prosecution of Witches, have made use of the systematic devaluation of femininity to neutralize women with had autonomy over themselves and their bodies as well the ones with were holders of medicinal knowledge. It looks for setting up the workers docile body all through the regulation of female sexuality in order to serve patriarchal purposes of the Modern State under construction. However, the witch-hunt was not an isolated phenomenon so that the *Malleus Maleficarum* criminology has been adapted and reproduced in the criminal prosecution nowadays. In this regard, the Hammer of Witches is really important, not only with the regulation of female bodies, but also because it represents the current rhetoric of criminal prosecution. The present paper seeks to understand that the political choice for criminalizing the abortion is a result of efforts arising from a patriarchal State and an inquisitorial mentality. Finally, keeping in mind all the above, and also considering the Brazilian social reality behind the voluntary interruption of pregnancy, we stand up for the decriminalization, or even regulation, of the practice of abortion in Brazil.

Keywords: Criminology. Feminism. Witches. Abortion. Decriminalization.

## LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – MAPA DAS LEIS DE ABORTO NO MUNDO.....	44
---	----

## LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - POSIÇÕES SOBRE ABORTO, POR SEXO.....	51
---	----

## LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANADEP	- Associação Nacional dos Defensores Públicos
DP	- Delegacia de Polícia
HC	- <i>Habeas Corpus</i>
IML	- Instituto Médico
IVE	- <i>Interrupción Voluntaria del Embarazo Legal</i>
ONG	- Organização não governamental
ONU	- Organização das Nações Unidas
PHS/MG	- Partido Humanista da Solidariedade, Minas Gerais
PL	- Projeto de Lei
PT/BA	- Partido dos Trabalhadores, Bahia
STF	- Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 AS BRUXAS E A AUTONOMIA DAS MULHERES SOBRE O CORPO .....</b>	<b>14</b>
2.1 MALLEUS MALEFICARUM.....	14
2.2 A AMEAÇA À DOMINAÇÃO MASCULINA.....	16
2.3 A CRIMINOLOGIA DO MALLEUS MALEFICARUM .....	17
2.4 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO PATRIARCAL .....	19
2.5 A REALIDADE SOCIAL POR TRÁS DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO.....	23
<b>3 A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL A PARTIR DE 1940.....</b>	<b>26</b>
3.1 O DEBATE LEGISLATIVO .....	26
3.2 O SISTEMA DO CÓDIGO PENAL DE 1940 .....	27
3.3 ANENCEFALIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	29
3.4 MICROCEFALIA .....	32
3.5 A POSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO ATÉ A DÉCIMA SEGUNDA SEMANA DE GRAVIDEZ E O <i>HABEAS CORPUS</i> SOB N.º 124.306 - RIO DE JANEIRO .....	34
<b>4 ABORTO: (DES) CRIMINALIZAR E/OU REGULAMENTAR .....</b>	<b>38</b>
4.1 A POSIÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA .....	38
4.2 A QUESTÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO E DA REGULAMENTAÇÃO.....	41
4.3 URUGUAI E O EXEMPLO LATINO AMERICANO.....	48
4.4 RETROCESSO CONSERVADOR .....	51
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como enfoque a análise da regulamentação do aborto no Brasil a partir de 1940, desde a elaboração do Código Penal atual, até as mais recentes decisões jurisprudenciais acerca do tema.

A partir da análise do *Malleus Maleficarum*, o trabalho visa à compreensão do discurso criminológico utilizado pelos inquisidores para justificar a perseguição às bruxas na Idade Moderna. O fenômeno histórico da caça às bruxas será aqui utilizado como principal marco de interesse por ser representativo de diversos elementos importantes para entender a criminalização do aborto nos dias de hoje. Isso porque o Martelo das Feiticeiras teve importante papel na codificação e institucionalização da depreciação do feminino, possibilitando a regulamentação estatal dos corpos das mulheres e, com efeito, da normatização da sexualidade.

Além disso, do ponto de vista da criminologia, a caça às bruxas traduz um modelo de persecução penal que foi historicamente sendo adaptado e reutilizado, sendo responsável por estabelecer as bases do sistema penal inquisitorial que persiste até os dias de hoje.

Pretende-se ainda realizar um breve estudo da construção do Estado Moderno, a fim de compreender de que forma o sistema patriarcal se adapta às realidades de cada período com o objetivo de manter a dominação masculina como política de Estado acobertada pelo manto da neutralidade.

Deste modo, busca promover uma análise das maneiras com que os corpos femininos são submetidos a normas, cujo fundamento encontra-se sobre os mesmos pilares que constituem a sociedade patriarcal, sobretudo considerando as limitações às liberdades sexuais e reprodutivas das mulheres.

O objetivo é localizar o aborto como uma das regras que retira a autonomia das mulheres sobre o próprio corpo, como consequência de uma construção de Estado que reproduz e institucionaliza os aspectos da dominação masculina, bem como, a forma com que as instituições patriarcais transformam-se ao longo do tempo visando à manutenção desta dominação, tomando como base as ideias das teorias feministas do Estado.

Outro ponto relevante é o estudo de como todos estes institutos inserem-se na realidade brasileira, principalmente considerando o atual cenário político do país,

buscando observar os possíveis desdobramentos do debate acerca da descriminalização do aborto dentro desta conjuntura.

A análise do cenário atual do país busca compreender as razões políticas e históricas da dominação masculina sobre o corpo e a vida das mulheres e, com efeito, da criminalização do aborto, bem como, analisar as raízes dos entraves para que a questão seja debatida e para que o aborto no Brasil possa ser legalizado, entendendo a importância da realização de um aborto seguro e legal para a garantia concreta da autonomia reprodutiva e a desconstrução da maternidade compulsória, seguindo o modelo de países igualmente conservadores que recentemente passaram a compreender a demanda como uma questão de saúde pública e indispensável para a promoção concreta da igualdade de gênero. Para tanto será observado o exemplo do Uruguai, um país culturalmente muito próximo do Brasil e que, recentemente, legalizou a interrupção voluntária da gravidez, regulamentando sua realização.

## 2 AS BRUXAS E A AUTONOMIA DAS MULHERES SOBRE O CORPO

A perseguição às bruxas talvez seja o maior exemplo de repressão à qualquer tentativa feminina de apropriação do próprio corpo. É por esse motivo que o fenômeno da caça às bruxas será abordado neste capítulo.

Por conseguinte, pretende-se traçar um paralelo entre a criminalização do aborto na atualidade e a caça às bruxas na modernidade, de forma a exemplificar a ameaça que a tomada de autonomia das mulheres sobre o próprio corpo e o exercício das liberdades sexuais e reprodutivas representam para a manutenção do sistema patriarcal de Estado.

Se nas culturas de coleta as mulheres eram quase sagradas por poderem ser férteis e, portanto, eram grandes estimuladoras da fecundidade da natureza, agora elas são, por sua capacidade orgástica, as causadoras de todos flagelos a essa mesma natureza. Sim, porque as feiticeiras se encontram apenas entre as mulheres orgásticas e ambiciosas (Parte I, Questão VI), isto é, aquelas que não tinham sexualidade ainda normatizada e procuravam impor-se no domínio público, exclusivo dos homens.<sup>1</sup>

Interpretar o fenômeno histórico da caça às bruxas ajuda a compreender a forma como se deu a normatização da sexualidade para a formação do corpo dócil do trabalhador<sup>2</sup>. Busca ainda entender que esse fenômeno exerceu efeito especialmente sobre os corpos femininos por sua capacidade de reprodução.

### 2.1 MALLEUS MALEFICARUM

O *Malleus Maleficarum*, ou o Martelo das Feiticeiras, documento escrito pelos inquisidores Heinrich Kraemer e James Sprenger em 1484, trata-se de um manual de perseguição e caça às bruxas, que aborda desde a identificação das atividades típicas de bruxaria, até as formas de inquisição das acusadas e os métodos adequados de punição, ou seja, dele constava todo o manual de operacionalização da inquisição realizada pelo Tribunal do Santo Ofício.

---

<sup>1</sup> MURARO, Rose Marie. Prefácio. In: KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Trad. Paulo Froes. 28. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 19-20.

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 133.

O documento converteu-se no manual absoluto das práticas inquisitoriais em relação às feiticeiras, guiando os inquisidores católicos e protestantes ao longo dos três séculos de caça às bruxas.

O *Malleus Maleficarum* é composto essencialmente por três partes. A primeira que trata das condições para a bruxaria, quais sejam: o diabo, a bruxa e a permissão de Deus. Pois é a partir da conjunção destes três elementos que se constituem as bruxas. O diabo, com a permissão de Deus, age sobre as mulheres, apropriando-se de suas almas, para que elas tornem-se bruxas, a fim de causar toda sorte de males aos homens. No prefácio ao Martelo das Feiticeiras, Rose Marie Muraro expõe as principais teses dos inquisidores, que explicam de que forma estes elementos dão origem às feiticeiras e à toda a bruxaria.

- 1) O Demônio, com a permissão de Deus, procura fazer o máximo de mal aos homens a fim de apropriar-se do maior número possível de almas.
- 2) E esse mal é feito, prioritariamente, através do corpo, único “lugar” onde o Demônio pode entrar, pois “o espírito [do homem] é governado por Deus, a vontade por um anjo e o corpo pelas estrelas” (Parte I, Questão I). E porque as estrelas são inferiores aos espíritos e o Demônio é um espírito superior, só lhe resta o corpo para dominar.
- 3) E esse domínio lhe vem através do controle e da manipulação dos atos sexuais. Pela sexualidade o Demônio pode apropriar-se do corpo e da alma dos homens. Foi pela sexualidade que o primeiro homem pecou e, portanto, a sexualidade é o ponto mais vulnerável de todos os homens.
- 4) E como as mulheres estão essencialmente ligadas à sexualidade, elas se tornam as agentes por excelência do Demônio (as feiticeiras). E as mulheres têm mais convivência com o Demônio “porque Eva nasceu de uma costela torta de Adão, portanto, nenhuma mulher pode ser reta” (Parte I, Questão VI).
- 5) A primeira e maior característica, aquela que dá todo o poder às feiticeiras, é copular com o Demônio. Satã é, portanto, o senhor do prazer.
- 6) Uma vez obtida a intimidade com o Demônio, as feiticeiras são capazes de desencadear todos os males, especialmente a impotência masculina, a impossibilidade de livrar-se de paixões desordenadas, abortos, oferendas de crianças a Satanás, estrago das colheitas, doenças nos animais etc.
- 7) E esses pecados eram mais hediondos do que os próprios pecados de Lúcifer quando da rebelião dos anjos e dos primeiros pais por ocasião da queda, porque agora as bruxas pecam contra Deus e o Redentor (Cristo), e portanto esse crime é imperdoável e por isso só pode ser resgatado com a tortura e a morte.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> MURARO, Rose Marie. Prefácio. In: KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Trad. Paulo Froes. 28. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 19.

São essas as teses que justificam e regem os trabalhos do Tribunal do Santo Ofício durante a caça às bruxas. Fica bastante clara nessas ideias a forte e essencial conexão entre as mulheres, a sexualidade e a bruxaria.

A segunda parte do manual cuida de abordar os poderes das bruxas, dentre os quais estão os de neutralizar a “força da procriação”<sup>4</sup>, que incluem os poderes de castração, de causar impotência e, claro, o de abortar. A este último é dedicado um capítulo denominado “De que modo as parteiras cometem o mais horrível dos crimes: o de matar e oferecer crianças aos Demônios da forma mais execrável”<sup>5</sup>.

Por fim, a terceira e última parte do livro aborda as medidas judiciais a serem tomadas contra as bruxas e outros hereges, guiando a atuação dos julgadores nos tribunais civis e do Santo Ofício, neste mesmo sentido, essa parte traz ainda exemplos que explicitam de que forma devem ser instaurados e conduzidos os processos, bem como, explica de forma prática como devem ser prolatadas as sentenças.

## 2.2 A AMEAÇA À DOMINAÇÃO MASCULINA

Uma leitura do *Malleus Maleficarum* leva a crer que não há nada mais perigoso ao sistema que uma mulher que ouse ter controle sobre o próprio corpo. Em última análise, a bruxa era nada mais do que uma mulher detentora de saberes ancestrais que ousou realizar coisas que não estavam reservadas às mulheres de modo geral, como sentir prazer ou ter conhecimento do próprio corpo, ou ainda deter conhecimentos medicinais, sobretudo depois que a medicina passou a ser codificada e praticada por homens.

A sexualidade se normatiza e as mulheres se tornam frígidas, pois orgasmo era coisa do Diabo e, portanto, passível de punição. Reduzem-se exclusivamente ao âmbito doméstico, pois sua ambição também era passível de castigo. O saber feminino popular cai na clandestinidade, quando não é

---

<sup>4</sup> KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Trad. Paulo Froes. 28. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 221.

<sup>5</sup> KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Trad. Paulo Froes. 28. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 261.

assimilado como próprio pelo poder médico masculino já solidificado.<sup>6</sup>

A parteira, a curandeira e a mulher que buscava nas relações sexuais não só a reprodução, mas o prazer, eram essas as bruxas. Em uma sociedade teocrática, como a da Idade Média, subverter a ordem religiosa era também uma revolução política, que não era bem vista já que subvertia a ideia do corpo dócil que se tentava construir, e ao punir a transgressão sexual como uma afronta a fé, normatiza-se a sexualidade.

O *Malleus Maleficarum* foi construído de tal forma que possibilitou, à época, que fosse atribuída às bruxas a responsabilidade por todas as mazelas da sociedade. Esse resultado só foi possível a partir da constante e sistemática inferiorização das mulheres, a partir da imposição de papéis e padrões de comportamento, que passaram a ser exigidos das mulheres como sendo os únicos socialmente aceitos para serem exercidos por elas, e da desvalorização de todas as características que foram associadas como intrínseca e biologicamente pertencentes ao sexo feminino.

### 2.3 A CRIMINOLOGIA DO MALLEUS MALEFICARUM

Conforme destaca Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>7</sup>, a caça às bruxas não foi um fenômeno isolado, mas uma das representações de uma política criminal de estado. Com o passar do tempo, o inimigo nominal se modifica o fenômeno emergencial também, mas a estrutura de perseguição se mantém.

Ao longo dos séculos o mesmo programa foi esvaziado e voltou a ser alimentado com outras informações, com dados de *novas emergências*, críveis segundo as pautas culturais de cada momento. [...] É evidente que o poder punitivo não se dedica a eliminar o perigo da *emergência*, e sim a verticalizar mais ainda o poder social; a emergência é apenas o elemento discursivo legitimador de sua falta de contenção.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> MURARO, Rose Marie. Prefácio. In: KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Trad. Paulo Froes. 28. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 20.

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 31.

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 32.

O discurso criminal e a persecução penal atual seguem, em grande parte, as ideias que foram concretizadas na elaboração do Martelo das Feiticeiras. As ideias de construção da imagem de um inimigo desumanizado e demonizável, que deve a todo custo ser perseguido, neutralizado e retirado da sociedade pelo risco que apresenta, são facilmente notadas na política criminal brasileira. do século XX e XXI.

Na teoria criminológica do *Malleus* existem elementos que até o presente momento se acham no discurso criminológico, com pequenas diferenças: **a)** desqualificação de quem põe em dúvida a ameaça que implica o delito, o aumento de sua quantidade e gravidade; **b)** a inferioridade dos delinquentes e a conseqüente superioridade do inquisidor; **c)** repúdio pela predestinação para o delito: a inferioridade deve estar acompanhada de uma decisão voluntária que propicie a base para a responsabilidade; **d)** a inferioridade da mulher e das minorias sexuais; **e)** a caracterização do delito como signo de inferioridade; **f)** a combinação multifatorial de causas do delito e modo que permita responsabilizar o infrator.<sup>9</sup>

De modo geral, a persecução penal nos séculos XX e XXI reproduziu profundamente esse *modus operandi*. Nos moldes do direito penal do inimigo de Jakobs<sup>10</sup>, os ideais criminológicos do *Malleus* persistem até hoje na forma da perseguição, refletem-se os mesmos ideais de que para a para a proteção dos cidadãos superiores, faz-se necessária neutralização e eliminação do perigo personificado em um indivíduo que é colocado em posição de inferioridade aos demais membros da sociedade. No cenário mundial, esse papel é ocupado pelos “terroristas”, e no Brasil, pelos “traficantes”. São eles que representam os signos de delinquentes.

É natural também que esse poder, agora exercido por *expertos*, necessite de criar o seu “outro”, o objetificável, o corpo humano para o qual convergirá o método. As bruxas, representando as tentativas de controle dos ritos de fertilidade, os partos, enfim, o poder de feminino, estará no processo de objetificação, como estiveram as “ideias erradas” dos hereges. As pugnas pela hegemonia e centralização da Igreja Católica vão tratar de primeiro desumanizar os hereges e as bruxas, para depois demonizá-los. É por isso que Zaffaroni trabalha a Inquisição como o primeiro discurso criminológico moderno: serão

---

<sup>9</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito penal brasileiro: primeiro volume**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 513-514.

<sup>10</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

estudadas as causas do mal, as formas em que se apresenta e também o método para combatê-lo. O importante é seguir o curso dos discursos para observar as permanências dessa maneira de pensar e agir até a criminologia dos dias de hoje.<sup>11</sup>

O discurso e a criminologia do *Malleus Maleficarum* são usados neste trabalho como marco de análise, pois amplamente representativos, não só da posição das mulheres na sociedade, em especial daquelas que não cumprem com seu papel esperado, mas, igualmente, da construção do discurso punitivo estruturante do sistema penal brasileiro e cujas raízes permanecem até hoje no imaginário criminal da sociedade.

Além disso, compreende-se que o poder punitivo utiliza-se, desde a modernidade até o presente momento, de discursos legitimadores da manutenção das relações de poder, quaisquer que sejam elas. Efetivamente, o próprio sistema criminal visa manter os vínculos de dominação, seja dos homens sobre as mulheres, dos brancos sobre os negros, dos ricos sobre os pobres. Enfim, todas as relações de supremacia e subordinação existentes em sociedade são reproduzidas nos discursos do poder punitivo, e, de maneira retroativa, são também elementos constitutivos desse poder.

A criminologia feminista serve ao propósito de desconstruir esses ideais e por isso é fundamental. Em um primeiro momento, apontando para o fato de que o poder punitivo reproduz os valores patriarcais e a maneira com que estas ideias constroem o pensamento jurídico-penal, para, em um segundo momento, lutar para alterar essas estruturas.

## 2.4 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO PATRIARCAL

Não só o pensamento criminológico, mas a construção política do estado também reproduz, ou mais, é fundado sob ideais patriarcais. Por esta razão, insere-se neste ponto um breve estudo da construção do Estado Moderno, a fim de compreender de que forma o sistema patriarcal se adapta às realidades de cada período com o objetivo de manter a dominação masculina como política de Estado acobertada pelo manto da neutralidade:

---

<sup>11</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 32.

Deve-se levar em conta que teóricas feministas têm insistentemente observado que o exercício do poder estatal apresenta uma forte inclinação e/ou pré-julgamento sobre as relações de gênero que o estruturam sendo ela, quase sempre, disfarçadas sob o manto da neutralidade de gênero no âmbito das instituições estatais (no Executivo, no Legislativo e no Judiciário). Mas essa neutralidade simplesmente não existe e pode-se sim afirmar a presença de inclinações patriarcais estruturadas no Estado brasileiro.<sup>12</sup>

O patriarcado não só está presente como é instrumento fundante das estruturas políticas modernas. Muito bem explorado por Carole Pateman<sup>13</sup>, o contrato sexual (e de casamento) é o instrumento que legitima o domínio dos homens sobre as mulheres, da mesma maneira que o contrato de trabalho possibilita a exploração do trabalhador pelo empregador. Ainda que, como ressaltado por Simone de Beauvoir, ao tratar da comparação entre as diferentes relações de opressão, como a relação de exploração dos negros pelos brancos, e, claro, a das mulheres pelos homens, sobre essa última dispõe que “O laço que a une a seus opressores não é comparável a nenhum outro<sup>14</sup>”. Neste sentido, ser homem ou mulher é o que coloca o indivíduo, social e politicamente em posição de liberdade ou sujeição.

Mas foi a divisão entre público e privado que permitiu relegar o contrato de casamento à esfera privada, para, deste modo, ao negar a existência de conflitos de poder nesta esfera, retirar-lhe o caráter político, sendo suficiente para eximir os contratualistas<sup>15</sup> de tratarem do contrato sexual como instrumento de sujeição tão importante quanto o contrato original de formação do estado moderno, fazendo inclusive parte constitutiva dele.

O contrato original é um pacto sexual-social, mas a história do contrato sexual tem sido sufocada. As versões tradicionais da teoria do contrato social não dão nenhuma indicação de que

---

<sup>12</sup> MATOS, Marlise; PARADIS, Clarisse Goulart. **Desafios à despatriarcalização do estado brasileiro**. Cadernos Pagu, [S.l.], v. 43, p. 57-118, jul. 2014.

<sup>13</sup> PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993 p. 24.

<sup>14</sup> BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 2.ed. Trad. Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 20.

<sup>15</sup> O termo contratualistas refere-se aqui aos teóricos do contrato social, dentre os quais se destacam os nome de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

metade do acordo está faltando. A história do contrato sexual também trata da gênese do direito político e explica por que o exercício desse direito é legitimado; porém, essa história trata o direito político enquanto *direito patriarcal* ou instância do sexual - o poder que os homens exercem sobre as mulheres. A metade perdida da história conta como uma forma caracteristicamente moderna de patriarcado se estabelece. A nova sociedade civil criada através do contrato original é uma ordem social patriarcal.<sup>16</sup>

A divisão entre público e privado auxilia na construção do pensamento patriarcal de Estado. Constante nas teorias dos contratualistas, a dicotomia público e privado, cuida de estabelecer regras de separação entre as duas esferas que compõem a sociedade de maneira dicotômica e mutuamente excludente. Isso porque, desta forma, tudo o que pudesse ser considerado inerente a uma das esferas, seria necessariamente incompatível à outra por sua própria natureza.

Outrossim, resta consagrada uma relação maniqueísta que, somada aos papéis convencionais de gênero, acaba por atribuir a cada uma das esferas características naturalmente compatíveis aos indivíduos que dela podem fazer parte.

Deste modo, para os contratualistas, a esfera pública constitui-se como o território dos cidadãos, provedores, racionais, homens, sendo o âmbito da sociedade onde se desenvolvem as relações políticas para as quais se exigem qualidades como a racionalidade e a objetividade. É onde se estabelecem as relações masculinas, as mulheres, por serem naturalmente propensas às relações emocionais e pouco propensas à racionalidade, não estariam aptas a participar da política e da esfera pública. É também neste âmbito que se desenvolve o trabalho produtivo, realizado exclusivamente pelo homem, é o único considerado socialmente relevante.

Por outro lado, a esfera privada, regida pelo contrato de casamento, é a esfera em que se desenvolvem as relações do lar e da família, da qual faz parte “o Outro<sup>17</sup>”, os indivíduos sensíveis e irracionais, as mães, cuidadoras, mulheres. O domínio privado é regido por todas as forças opostas àquelas que governam o domínio público.

---

<sup>16</sup> PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1993. p. 15-6.

<sup>17</sup> BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 2.ed. Trad. Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 17.

Na modernidade, a esfera pública estaria baseada em princípios universais, na razão e na impessoalidade, ao passo que a esfera privada abrigaria as relações de caráter pessoal e íntimo. Se na primeira os indivíduos são definidos como manifestações da humanidade ou da cidadania comuns a todos, na segunda é incontornável que se apresentem em suas individualidades concretas e particulares. Somam-se, a essa percepção, estereótipos de gênero desvantajosos para as mulheres. Papéis atribuídos a elas, como a dedicação prioritária à vida doméstica e aos familiares, colaboraram para que a domesticidade feminina fosse vista como um traço natural e distintivo, mas também como um valor a partir do qual outros comportamentos seriam caracterizados como desvios. A natureza estaria na base das diferenças hierarquizadas entre os sexos.<sup>18</sup>

Com essa separação, as características “naturalmente” femininas, exigem a sujeição da mulher ao poder patriarcal, pois reservado a elas a esfera privada, e vedada qualquer participação na esfera pública.

É com isso que a construção contratualista dos estados modernos excluiu as mulheres da participação na esfera pública e das discussões políticas, permitindo aos homens que tomem todas as decisões políticas, inclusive aquelas envolvendo a autonomia ou a retirada de autonomia sobre os corpos femininos. Isso gera construções legislativas igualmente patriarcais, visando a preservação dessa lógica. É o que ocorre com a proibição ao aborto.

O debate sobre aborto no feminismo pode ser visto, em primeiro lugar, como um desdobramento da visão crítica das relações entre a esfera privada e a esfera pública, com a polarização do que ocorre na primeira e o entendimento de que o modo de organização de uma delas está vinculado, permanentemente, ao modo de organização da outra. As hierarquias e o grau de liberdade dos indivíduos na esfera privada têm impacto direto sobre sua vida na esfera pública e no processo de construção de sua identidade. O direito ao aborto pode ser, assim, situado em um domínio da vida e das escolhas individuais que é profundamente pessoal, ao mesmo tempo que é político.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 32.

<sup>19</sup> BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 123.

A criminalização do aborto talvez seja hoje o mais relevante e violenta política de Estado do projeto político e criminológico patriarcal, seja por sua permanência ao longo do tempo, seja pela dificuldade em pautar uma mudança, mas principalmente por fazer tantas vítimas, como veremos a seguir.

## 2.5 A REALIDADE SOCIAL POR TRÁS DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

As escolhas política e criminológica que originam a proibição ao aborto no regulamento jurídico brasileiro, tendem a constituir suas raízes em ideais patriarcais, e são frutos de um debate que parece também perpassar por questões morais e religiosas. Tal construção distancia-se de uma abordagem que pretenda a efetiva solução do problema, na medida em que ignora a realidade social em que ele está inserido.

Flávia Biroli<sup>20</sup>, a partir da leitura de Mala Htun<sup>21</sup>, compara a criminalização do aborto hoje, com a proibição do divórcio antes de 1977, no sentido de que ambas as proibições se distanciam da realidade social do país. Nestes casos, o direito se mostra absolutamente incompatível com a práxis, e, portanto, não pode se manter.

Em realidade, atualmente a criminalização do aborto sequer cumpre o papel de coibir a prática, senão apenas de relegá-la à clandestinidade e à insegurança. Engendrando, dessa maneira, uma série de problemas relativos à saúde pública e à desigualdade de gênero.

A Pesquisa Nacional do Aborto de 2016, realizada pelo Anis Instituto de Bioética e pela Universidade de Brasília (UnB), concluiu que aos 40 anos, aproximadamente uma em cada cinco mulheres já realizou um aborto. O resultado da pesquisa indica o quanto essa prática é comum no país. Além disso, não obstante a demonstração de resultados já bastante expressivos, devemos considerar ainda que a metodologia da pesquisa e a própria ilegalidade do objeto pesquisado maquiavam os resultados, de modo que o número real de mulheres que realizam abortos deve ser, portanto, ainda maiores que estes apresentados.

---

<sup>20</sup> BIROLI, Flávia. Aborto, justiça e autonomia. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Org.). **Aborto e democracia**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016. p. 18.

<sup>21</sup> HTUN, Mala. **Sex and the state**: abortion, divorce, and the family under Latin American dictatorships and democracies. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

A entrevista face-a-face subestima o número de abortos realizados pelas mulheres; resta saber, no entanto, se a técnica de urna também subestima abortos. Não há indicações claras de que essa subestimação seja relevante. Ao contrário, a estabilidade dos resultados no tempo sugere que a técnica identifica corretamente a realização de abortos, salvo, é claro, a existência de um viés sistemático e persistente afetando as respostas. Havendo viés, a quantidade de abortos no país seria ainda maior do que a estimada pela PNA 2016.<sup>22</sup>

A saber, a pesquisa domiciliar, combinou pesquisa de urna e entrevistas pessoais e foi realizada com mulheres com idade entre 18 e 39 anos, além da faixa etária, a pesquisa levou em consideração recortes de classe, raça, religião e níveis educacionais.

Os números, além de elevados, são também recorrentes, em comparação entre as Pesquisas Nacionais de Aborto de 2016 e de 2010, revelando que a tempos o país enfrenta, ou deixa de enfrentar de maneira adequada, um problema seríssimo de saúde pública.

Isso permite dizer que o aborto é comum no Brasil. Os números de mulheres que declaram ter realizado aborto na vida são eloquentes: em termos aproximados, aos 40 anos, quase uma em cada cinco das mulheres brasileiras fez um aborto; no ano de 2015 ocorreram cerca de meio milhão de abortos. Considerando que grande parte dos abortos é ilegal e, portanto, feito fora das condições plenas de atenção à saúde, essas magnitudes colocam, indiscutivelmente, o aborto com um dos maiores problemas de saúde pública do Brasil. O Estado, porém, é negligente a respeito, sequer enuncia a questão em seus desenhos de política e não toma medidas claras para o enfrentamento do problema.

A frequência de abortos é alta e, a julgar pelos dados de diferentes grupos etários de mulheres, permanece assim há muitos anos. Entre a PNA 2010 e a PNA 2016, por exemplo, a proporção de mulheres que realizaram ao menos um aborto não se alterou de forma relevante. Ou seja, o problema de saúde pública chama a atenção não só por sua magnitude, mas também por sua persistência. As políticas brasileiras, inclusive as de saúde, tratam o aborto sob uma perspectiva religiosa e moral e respondem à questão com a criminalização e a repressão tem se mostrado não apenas inefetiva, mas nociva. Não reduz nem cuida: por um lado, não é capaz de diminuir o número de abortos e, por outro, impede que as mulheres busquem o acompanhamento e a informação de saúde necessários para que seja realizado de forma segura ou

---

<sup>22</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fevereiro 2017. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 out. 2019. p. 658-659.

para planejar sua vida reprodutiva a fim de evitar um segundo evento desse tipo.<sup>23</sup>

A omissão do Estado no enfrentamento à questão do aborto como um problema de saúde pública - e não de direito penal - que leva a óbito milhares de mulheres todos os anos é quase criminosa.

Abortos clandestinos são uma das principais causas de mortes maternas no Brasil, além disso, em regiões do norte e do nordeste onde as estruturas dos serviços públicos de saúde são mais precárias o número de mortes é ainda maior.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fevereiro 2017. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 out. 2019. p. 659.

<sup>24</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção Humanizada ao Abortamento**: Norma Técnica. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. 2. ed. Brasília. 2010. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao\\_humanizada\\_abortamento\\_norma\\_tecnica\\_2ed.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2019.

### 3 A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL A PARTIR DE 1940

#### 3.1 O DEBATE LEGISLATIVO

Preliminarmente, deve ser destacado que a escolha pela criminalização é uma escolha política, neste mesmo sentido apregoa Nilo Batista, quando, ao tratar das diferenças entre o direito penal e o direito criminal, dispõe que “o elemento que transforma o ilícito em crime é a decisão política - o ato legislativo - que o vincula a uma pena”<sup>25</sup>.

Sendo assim, ao analisar o momento político em que foi concebido o Código Penal de 1940, o debate legislativo que levou à construção do código original, bem como suas posteriores reformas, principalmente a de 1984, depreende-se que estes esforços culminaram em um projeto político neoliberal.

O Código Penal de 1940 privilegia o encarceramento como principal política criminal, e essa escolha trata-se, essencialmente, de uma estratégia de exclusão das massas empobrecidas.

O sistema penal do empreendimento neoliberal é o cenário sombrio no qual o estado, pateticamente despossuído dos generosos instrumentos assistenciais que outrora teve em mãos, impõe às magras silhuetas dos desajustados e inúteis da nova economia a única intervenção na qual repousa agora sua autoridade: a pena.<sup>26</sup>

Formular uma resposta utilizando-se somente do direito penal, a vista deste projeto político, é pensar em uma aparência de solução bastante simples para um problema complexo. Adotar essa tendência apresenta para o Estado uma resposta mais imediata e de mais fácil execução do que promover políticas públicas capazes de enfrentar os problemas sociais que, via de regra, são sintomas da criminalidade.

---

<sup>25</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

<sup>26</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito penal brasileiro: primeiro volume**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 488.

Em suma, retorna aqui a ideia da formação dos corpos dóceis<sup>27</sup>, cuja concretização depende de afastar do convívio social aqueles que não parecem trabalhar para a realização de qualquer que seja o objetivo pretendido a depender da época em questão.

Neste sentido, a prática do aborto poderia ser vista como um risco ao programa político e social da época, e, possivelmente, até hoje, portanto, parece fazer sentido que, para a perpetuação das ideias patriarcais e da maternidade compulsória, o aborto fosse criminalizado.

Vale lembrar que o Código, em certa medida, está inserido na lógica da época em que foi editado, atendendo aos anseios e necessidades de uma sociedade bastante diferente da atual.

### 3.2 O SISTEMA DO CÓDIGO PENAL DE 1940

O aborto no Código Penal de 1940 está inserido na parte de crimes contra a vida, contudo, o bem jurídico tutelado é a expectativa de vida do feto, cuja proteção é diferente daquela conferida à vida extrauterina. Essa diferenciação pode ser facilmente deduzida ao observar que a pena prevista para o crime de homicídio simples, artigo 121 do Código Penal, é de seis a vinte anos, enquanto que a maior pena prevista para o crime de aborto é de quatro a dez anos, para a hipótese de aborto cometido por terceiro sem o consentimento da gestante, artigo 125 do Código Penal.

Desta análise extrai-se que existe de fato uma diferença entre a vida fora do útero, de um sujeito de direitos já constituído e a vida em potencial do feto. Ambos são considerados vida, mas, evidentemente, tratam-se de bens jurídicos diversos, aos quais o direito penal confere salvaguarda também diversa.

Outra diferença entre as tutelas concedidas à vida intra e extrauterina é em relação à tipicidade do crime na modalidade culposa, que é admitida nos casos de homicídio, mas que, para os crimes de aborto, não há previsão.

Desde sua redação original em 1940, o Código Penal prevê também duas hipóteses de aborto legal, estão dispostas no artigo 128, incisos I e II, e define que não será punido o aborto praticado por médico, quando não houver outra forma de

---

<sup>27</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 133.

salvar a vida da gestante, ou nos casos em que a gravidez for resultante de estupro, desde que mediante consentimento da gestante. Ambas são causas de exclusão da antijuridicidade, tratam-se dos chamados aborto necessário e aborto humanitário, respectivamente.

O Código Penal de 1940 - cuja parte especial vige até hoje - estabelece, como causas de exclusão da antijuridicidade o aborto para salvar a vida da gestante (que pode ser considerado uma especialidade do estado de necessidade) e os casos onde a gravidez é resultante de estupro. Esta última forma de exclusão da antijuridicidade é reveladora de uma evidência: que o critério moral permeia a seleção das condutas justificadas relacionadas especificamente ao tema.<sup>28</sup>

Nos referidos casos em que a interrupção da gravidez não é criminalizada, numa conjuntura de coalizão entre direitos fundamentais, o que ocorre é a ponderação entre os bens jurídicos tutelados, cujo resultado é uma escolha, também política, de conferir menor proteção à vida intrauterina em face da vida da mulher, ou ainda da sua dignidade.

Sendo assim, ao conferir caráter de licitude ao aborto necessário o legislador escolhe, diante da ponderação entre a vida da mulher grávida e a vida do feto, conceder maior tutela e proteção à vida da mãe. Mesmo que a escolha por essa proteção tenha sido fundada em razões não tão humanitárias, mas no pensamento patriarcal de que manter viva a mulher é preservar um reprodutor que poderá gerar outras vidas.

Do mesmo modo, a possibilidade de realização do aborto humanitário, é fruto de uma decisão que privilegia a dignidade da mulher em detrimento da obrigatoriedade de levar adiante uma gestação a qualquer custo.

Portanto, constata-se que já na redação original do Código Penal de 1940 o direito à vida e ao nascimento não adquire caráter absoluto e imponderável, ao contrário, a lei prevê desde já hipóteses em que se admite a ponderação desses bens jurídicos. Ideia que será posteriormente recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

---

<sup>28</sup>BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 577-606, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/413>>. Acesso em: 06 nov. 2019. p. 582.

### 3.3 ANENCEFALIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A concepção de que nem mesmo o direito à vida é absoluto e que, portanto, pode sim ser relativizado para a proteção de outros bens jurídicos, foi debatida e confirmada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão que permitiu o aborto legal de fetos anencefálicos.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que decidiu pelo afastamento da criminalização da antecipação terapêutica do parto, nos casos em que durante a gestação sobrevier diagnóstico de anencefalia do feto.

A decisão da Corte Suprema foi histórica, não só por permitir mais uma hipótese de aborto legal, além daquelas já elencadas nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal, mas, principalmente, porque pela primeira vez debateu-se acerca de uma fronteira para os termos de início e fim da vida, bem como uma definição do que pode ou não ser considerado vida efetivamente.

A ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde levou oito anos para ir a plenário e, inicialmente, sustentava a ideia de que a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, não se tratava de aborto, uma vez que se tratava de feto natimorto cerebral.

Por oito votos a dois, acompanhando o voto do relator, o Supremo Tribunal Federal julgou favorável a ADPF, decidindo pela inconstitucionalidade da interpretação, segundo a qual o aborto realizado nas hipóteses houver diagnóstico de anencefalia do feto, poderia ser considerado crime, tipificado nos artigos 125 e 126 do Código Penal. Concedendo à gestante o direito de, diante de diagnóstico após diagnosticada a deformidade por profissional capacitado, seja possível realizar a interrupção da gravidez

Em seu voto o Ministro Marco Aurélio Mello, relator da ADPF, disciplinou o seguinte:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de

proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.<sup>29</sup>

O voto ainda evidenciou a questão da laicidade do Estado e levou em conta dados médicos sobre a anencefalia. A argumentação do relator promove uma reflexão sobre os marcos do início e fim do que pode ser considerado vida, ressaltando que hoje é consenso o entendimento de que a vida só se dá quando há atividade cerebral, mesmo a morte é diagnosticada pela morte cerebral, e, neste sentido, portanto há que se estender esta interpretação a fim de compreender que são os anencefálicos natimortos cerebrais, não havendo, conseqüentemente, vida em potencial que se tutelar.

A ADPF também trouxe a discussão do caráter não absoluto do direito à vida, admitindo que a proteção a este direito se dá de formas diferentes em comparação entre a vida de um feto e a de um indivíduo já constituído enquanto sujeito de direitos.

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos), a revelar que **o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento.** (grifo nosso)<sup>30</sup>

Outro ponto importante levantado pelo ministro é a necessidade de proteção de alguns direitos da mulher, que se contrapõem ao prosseguimento da gravidez de

---

<sup>29</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.** Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019. p. 60-61.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.** Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019. p. 79.

um feto anencéfalo, dentre eles o direito à dignidade e à liberdade, mas também o direito à saúde da mulher, que considera os riscos de uma gravidez considerada normal e da gravidez de um feto anencéfalo.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.<sup>31</sup>

Além disso, considera a importância de preservar a saúde mental da mulher, considerando o risco de danos psíquicos à mulher ao obrigá-la a dar continuidade a uma gravidez de um indivíduo que se sabe será natimorto.

No mesmo sentido a citação feita pelo Ministro Marco Aurélio da fala da socióloga e cientista política, Dra. Jacqueline Pitanguy, no terceiro dia de audiência pública (transcrição, folha 1350):

Obrigar uma mulher a vivenciar essa experiência é uma forma de tortura a ela impingida e um desrespeito aos seus familiares, ao seu marido ou companheiro e aos outros filhos, se ela os tiver [...] as consequências psicológicas de um trauma como esse são de longo prazo. Certamente a marcarão para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial de Saúde como o direito a um estado de bem-estar físico e mental, está sendo desrespeitado em um país em que a

---

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiannoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019. p. 66-67.

Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado.<sup>32</sup>

O debate trazido pela ADPF foi extremamente importante para dar início à discussão do aborto levantando questões bastante importantes para o tema como um todo, a exemplo do início da discussão sobre início e fim da vida, bem como a ponderação do direito à vida, a diferenciação entre ser vivo e sujeito de direito.

### 3.4 MICROCEFALIA

O tema do aborto retornou ao Supremo Tribunal Federal sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581, que promoveu o debate acerca da possibilidade de legalização da interrupção da gravidez de fetos diagnosticados com microcefalia causada pela síndrome congênita do Zika vírus.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, impetrada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), visava discutir a aplicação das políticas públicas relativas às pessoas afetadas pelos vírus da Dengue, Chikungunya e Zika.

Dentre os pontos debatidos, em sede de ADPF, a ANADep alegou que houve omissão do poder público sobre a possibilidade de interrupção da gravidez para as mulheres infectadas pelo Zika vírus, requerendo que fosse julgada a inconstitucionalidade da tipificação do aborto nos termos do artigo 124 do Código Penal para a interrupção da gravidez pela mulher infectada com o vírus, subsidiariamente, que fosse considerado constitucional o aborto nestes casos por se encaixar na hipótese de aborto necessário do artigo 128, inciso I do Código Penal.

Suscitava, ainda, que o aborto nesses casos pudesse ser enquadrado como uma hipótese de estado de necessidade geral dos artigos 23, inciso I e 24 do mesmo código, alegando que o caso se encaixa perfeitamente ao precedente da ADPF 54, pois, do mesmo modo que na gestação de um feto anencéfalo, a gestação de uma criança com microcefalia causada pela síndrome congênita do Zika vírus,

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019. p. 73.

também gera intenso sofrimento psicológico à mãe e, da mesma forma que sustentou à época o Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF 54 sobre a constitucionalidade da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, que a vida não é direito absoluto.

Requerendo, por fim, a sustação dos inquéritos policiais, prisões em flagrante e processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação da infecção da gestante pelo vírus do Zika.

A epidemia de Zika no Brasil, e no mundo, gerou discussões para além do judiciário, a Organização Pan-Americana de Saúde elaborou, em 2016, um documento denominado “Consulta sobre ética e zika: guias éticos sobre questões-chave no surto”. A elaboração deste documento contou com a participação da pesquisadora e professora de bioética brasileira Debora Diniz, a professora fala sobre sua participação no livro “Zika: do sertão nordestino à ameaça global”:

Em abril de 2016, fiz parte do grupo de especialistas em bioética, reunido na Organização Pan-Americana de Saúde, em Washington, para a composição do documento “Consulta sobre ética e zika: guias éticos sobre questões-chave no surto”. Minha participação obriga-me ao compromisso do sigilo sobre as discussões e controvérsias, mas o resultado do documento é sinal de que estive ali intensamente - “Uma recomendação considerável que resultou da Consulta Ética sobre o zika é o imperativo ético de oferecer a todas as mulheres a capacidade de escolher entre importantes opções reprodutivas. Levando em consideração a angústia mental sobre questões reprodutivas que as mulheres experimentam durante o surto do vírus zika, acrescido dos deveres éticos de minimizar danos e permitir que as decisões sejam realizadas com base nas crenças, nos valores, nas situações e na concreta realidade de cada mulher, a capacidade de escolher deve incluir um amplo conjunto de opções, inclusive a contracepção e a interrupção da gestação.”<sup>33</sup>

Atualmente a ADPF segue em tramitação, mas nem todos os pontos encontraram tanta resistência quanto o aborto, de tal modo que a Medida Provisória 894 de 2019 instituiu a pensão vitalícia para pessoas nascidas com microcefalia decorrente de infecção por Zika vírus, revogando os dispositivos do artigo 18 da Lei 13.301 de 2016, conforme constava no pedido formulado pela ANADEP.

---

<sup>33</sup> DINIZ, Debora. **Zika: do sertão nordestino à ameaça global**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 21-22.

A instituição da pensão vitalícia foi também uma estratégia encontrada pelas forças conservadoras no poder legislativo, para amenizar as demandas por uma solução, sem tratar da questão do aborto.

Como se vê, a despeito das alterações com relação aos benefícios previdenciários, o tema da regulamentação do aborto no caso acabou enfrentando muito mais resistência no legislativo nacional, tendo ficado à margem das discussões.

### 3.5 A POSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO ATÉ A DÉCIMA SEGUNDA SEMANA DE GRAVIDEZ E O *HABEAS CORPUS* SOB N.º 124.306 - RIO DE JANEIRO<sup>34</sup>

No *Habeas Corpus* sob n.º 124.306 - Rio de Janeiro, transitado em julgado em março de 2017, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal concedeu de ofício a ordem para afastar a prisão preventiva liberdade provisória aos pacientes do referido pedido de *Habeas Corpus* e aos demais corréus, pela ausência dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva.

Contudo, interessante para este trabalho é a análise dos votos da Ministra Rosa Weber e do Ministro Luís Roberto Barroso que, naquela oportunidade, debateram a constitucionalidade da criminalização do aborto até o terceiro mês de gravidez.

Em especial o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, traz alguns argumentos bastante típicos dos movimentos feministas pela descriminalização da prática e levantou a questão da inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gravidez até o primeiro trimestre.

No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal [6], que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de

---

<sup>34</sup> O referido tópico será analisado sob uma perspectiva jurídica, de modo que não se pretende aqui analisar as razões médico-biológicas para a delimitação do marco temporal de doze semanas.

concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.<sup>35</sup>

O Ministro defendeu que a criminalização não respeita o princípio da proporcionalidade e viola direitos fundamentais das mulheres, a vida em potencial do feto não pode se sobrepôr tanto à outros direitos fundamentais da mulher. Barroso defendeu que a proibição do aborto viola a autonomia das mulheres sobre o próprio corpo, bem como sua integridade física psíquica. Sustenta ainda que a norma desrespeita a igualdade de gênero e os direitos sexuais e reprodutivos. Além disso, o voto evidencia o quanto a criminalização afeta de maneira desigual as mulheres ricas e pobres, sendo muito mais prejudicial a estas últimas.

Já a Ministra Rosa Weber levanta a importância de analisar a interrupção voluntária do aborto à luz dos princípios constitucionais e dos direitos tutelados por eles, afastando argumentos de ordem moral e ética. A exposição da Ministra fundamenta-se na coalizão entre os direitos à vida do nascituro e à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher, além de trazer discussões de direito comparado. Por fim, a argumentação ainda considera a realidade fática do aborto e os riscos de um aborto clandestino.

A ingerência estatal no primeiro trimestre da gestação deve militar em favor da proteção da mulher em ter condições seguras de realizar a interrupção voluntária da gestação. Ou seja, como experimentado nos países que descriminalizaram o aborto, deve ocorrer no espaço de formatação de políticas públicas de educação sexual, como meio de desestimular e prevenir a ocorrência destes. Por outro lado, a redução do número de procedimentos de aborto deve ocorrer a partir de uma consciência construída no espaço da moral privada de cada indivíduo, de acordo com suas convicções éticas e morais.

Com efeito, a criminalização do ato de interrupção voluntária da gestação não se mostra como uma escolha política constitucionalmente amparada para dirimir os problemas que envolvem o aborto, tendo em consideração a necessidade de

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 - Rio de Janeiro**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019. [6] 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. Aborto provocado por terceiro - Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

tutela dos direitos envolvidos, bem como porque não tutela o bem vida pretendido.<sup>36</sup>

O debate propiciado pelo HC é bastante interessante, mas é preciso lembrar que esta não é a via adequada para discutir uma possível legalização, nem que seja através da consideração da inconstitucionalidade da tipificação do aborto até a décima segunda semana de gestação<sup>37</sup>. O próprio voto da Ministra Weber discorre brevemente sobre isso:

Cumpra assinalar que uma decisão por parte deste Supremo Tribunal Federal não necessariamente dará a última palavra sobre a interpretação constitucional correta para a solução da descriminalização do aborto, mas antes iniciará o debate interinstitucional com os demais poderes, a fim de qualificá-lo publicamente, haja vista que o legislativo não avançou nesta agenda, de forma a bloquear a discussão pública.<sup>38</sup>

A despeito disso, a decisão demonstra a insustentabilidade da criminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido a posição de Paulo Busato sobre a decisão do STF:

Recentemente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro [207] parece ter inaugurado o caminho de discussão para o tema, ainda que timidamente. A decisão em questão afastou a prisão preventiva de alguns acusados de aborto, levando em conta expressamente que há aspectos fundamentais a serem ponderados dentro da questão, relativos ao princípio da proporcionalidade. Reconheceu-se que a criminalização do aborto consentido aflige a autonomia da mulher, o seu direito à integridade física e psíquica, sua liberdade sexual e reprodutiva. Com efeito, é justamente essa a questão a ser posta e é de curial sabença que o espaço de solução de conflitos entre bens jurídicos – para usar a expressão clássica de Roxin – é exatamente o espaço das permissões. É preciso avançar muito nesse campo, tanto legislativamente quanto no plano jurisprudencial. Parece ter sido dado o primeiro passo, não obstante a Suprema Corte

---

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 - Rio de Janeiro**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>37</sup> Não se pretende abordar a fundo a questão do ativismo judicial neste trabalho, contudo, ter em mente uma posição crítica a esse ativismo é muito importante para a leitura das decisões aqui abordadas.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 - Rio de Janeiro**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.

tenha dito que “a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher” e seja efetivamente custoso entender as razões de um marco temporal compor uma fronteira para direitos fundamentais. Dizer que em um determinado ponto (dois meses e 29 dias de gestação, por exemplo), há direitos fundamentais e em outro (três meses e um dia) eles desaparecem parece ser uma pretensão de discussão que compõe um paradoxo sorites. De qualquer modo, está posta a discussão em mesa e isso é absolutamente necessário.<sup>39</sup>

A decisão torna-se tão relevante, sob essa perspectiva, uma vez que aliada à realidade social que envolve o tema, bem como à ampliação em todo o mundo de leis mais favoráveis à interrupção voluntária da gravidez, fazem com que neste momento seja imprescindível se discutir a possibilidade de uma descriminalização do aborto voluntário.

---

<sup>39</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 108.[207] HC 124.306-RJ, j. em 29/11/2016, 1ª turma do STF, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

## 4 ABORTO: (DES) CRIMINALIZAR E/OU REGULAMENTAR

A conjuntura política atual do Brasil trouxe à tona a discussão sobre o aborto, tanto por parte dos movimentos feminista, que, com cada vez mais força devido às mídias digitais, propagam as ideias da reivindicação histórica pela descriminalização do aborto, bem como, em sentido diametralmente oposto, pelos setores religiosos e moralmente mais conservadores da sociedade, que, por conseguinte, opõem-se com maior vigor à descriminalização e manifestam-se em favor de leis ainda mais rigorosas contra a prática.

### 4.1 A POSIÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA

O aborto insere-se na pauta dos movimentos feministas no âmbito das liberdades sexuais e da autonomia reprodutiva, embora não sem controvérsias. Entende-se que se as mulheres não tiverem controle sobre a reprodução, a atuação profissional e política delas restará prejudicada e dificilmente atingirão patamar de igualdade com relação aos homens<sup>40</sup>. Parte do movimento entende que a possibilidade de realizar um aborto legal e seguro é uma condição para a completa emancipação feminina<sup>41</sup>. Em suma, para que as mulheres tenham pleno controle sobre seus próprios corpos é preciso libertá-los do controle estatal, especialmente no âmbito criminal.

O debate sobre a interrupção voluntária da gravidez envolve também a questão da democratização do acesso à informação sobre os direitos reprodutivos e aos métodos contraceptivos. Além disso, trata-se de um caminho necessário na luta para a desconstrução da maternidade compulsória.

O que está em questão é a impossibilidade da expressão de uma sexualidade "autêntica" e livre enquanto permanecerem as estruturas sociais de dominação.

Mas o direito das mulheres ao aborto e ao controle de sua sexualidade e sua capacidade reprodutiva pode ser pensado

---

<sup>40</sup> BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 123.

<sup>41</sup> FERRAND, Michèle. O aborto, uma condição para a emancipação feminina. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 653-659, agosto 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2008000200020&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200020&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 01 nov. 2018.

como fundamental para a cidadania igual de homens e mulheres. Sua negação retira às mulheres o domínio sobre seu corpo, restringindo também seu direito à privacidade na decisão sobre questões de forte relevância ética e moral para os indivíduos [39].<sup>42</sup>

Pontua-se, contudo, que não há qualquer unicidade no movimento feminista, de forma que mesmo com relação à questão das liberdades sexuais e reprodutivas é possível identificar diferentes posições dentro do próprio movimento, acerca da concepção sobre estas ideias, como exemplifica Birolí:

Em todos esses temas, o debate feminista é feito de posições diversas e, muitas vezes, concorrentes. Começando pelo segundo âmbito mencionado, a liberdade sexual não é vista como intrinsecamente positiva por todas as feministas, e isso tem desdobramentos nas posições sobre o aborto. Na visão de Catherine MacKinnon, que é representativa dessa posição, em sociedades nas quais as relações heterossexuais correspondem largamente a formas de dominação e violência contra as mulheres, a legalização do direito amplo de mulheres ao aborto poderia ser uma forma de reduzir ainda mais os custos dessas relações para os homens. Nessas circunstâncias, as consequências das relações sexuais seriam distintas para mulheres e homens, e o peso da decisão de abortar, ou a responsabilidade pela criação de um filho em condições muitas vezes indesejáveis, recairiam sobre as mulheres. O enfoque no direito a decidir sobre o aborto deixaria de lado um problema anterior, a ausência de autonomia das mulheres nas relações sexuais com homens, em sociedades machistas. Assim, “enquanto as mulheres não controlam o acesso a sua sexualidade, o aborto facilita a disponibilidade sexual das mulheres” e o sentido da liberação sexual em contextos nos quais há desigualdade de gênero seria, portanto, liberação para a agressividade masculina[1].<sup>43</sup>

Além da demanda acerca dos direitos reprodutivos e das liberdades sexuais, estão inseridas nessa demanda as discussões acerca das questões de saúde pública, e também o debate das interseccionalidades

Sendo assim, é preciso considerar como a sexualidade das mulheres é vista sob diferentes aspectos diante de recortes referentes à classe social e à cor da pele. Isso pois, ao tempo em que as mulheres brancas e de classe média lutavam pela

---

<sup>42</sup> BIROLI, Flávia. O público e o privado. in: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**: uma introdução. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 44. [39] Jean L. Cohen, *Regulating intimacy* (Princeton, Princeton University Press, 2002)

<sup>43</sup> BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 124-125. [1] Catherine A. MacKinnon, *Feminism unmodified*, cit., p.99.

possibilidade de dispor dos próprios corpos e em busca de uma sexualidade livre, os corpos das mulheres pretas e pobres, desde a escravidão, nunca deixaram de ser comercializáveis e objetificados, o problema deste lado do espectro era outro, a hiperssexualização.

No entanto, para a abordagem que aqui se pretende construir, os problemas da criminalização do aborto ainda parecem ser comuns a ambos os espectros da discussão acerca das liberdades sexuais e reprodutivas, no sentido de desconstruir o corpo feminino como exclusivamente reprodutor; pouco importa se, aos olhos do sistema patriarcal, irá reproduzir herdeiros ou mão de obra trabalhadora.

A questão central em se tratando do aborto, entretanto, é que, mesmo com a proibição, as mulheres abortam, e isso parece não depender de quaisquer dos recortes sociais que se possa estabelecer. Ricas ou pobres, brancas ou negras, religiosas ou não, todas abortam, conforme revelou a pesquisa apresentada no ponto 2.5 deste trabalho.

A diferença entre essas realidades, conquanto, está relacionada essencialmente aos resultados da escolha pela realização do aborto. Ao passo que algumas mulheres podem pagar por um procedimento mais seguro, ou ainda viajar para países em que o aborto é legalizado. De outro lado, as mulheres pobres, que em geral são aquelas que, pela própria condição financeira e incapacidade de sustentar um filho, ou, em muitos casos, mais um filho, decidem realizar o aborto, o fazem na clandestinidade e sem qualquer segurança, utilizando-se de métodos arcaicos, caseiros e extremamente perigosos. São essas últimas que morrem pela realização de procedimentos inadequados, ou que ainda, se decidem recorrer ao Sistema Único de Saúde para não morrerem das frequentes complicações ocasionadas pelos abortos clandestinos, ao sobreviverem, saem de lá presas pela prática ilegal.

A criminalização, à vista disso, não impede de forma alguma que os abortos sejam realizados, a lei apenas acaba por relegar as mulheres pobres, que fazem a difícil escolha por interromper voluntariamente uma gravidez, em geral, à dois possíveis cenários: IML ou DP.

Sob essa lógica, a batalha travada aqui não é tanto pelo direito de escolher livremente sobre ter ou não um filho, mas essencialmente para que as mulheres que se encontram em posições marginalizadas da sociedade possam fazê-lo de forma segura, legal e gratuita.

## 4.2 A QUESTÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO E DA REGULAMENTAÇÃO

O aborto no ordenamento jurídico brasileiro é tratado de forma restritiva e, assim como sustentado no capítulo anterior, sua criminalização provém de uma escolha política feita quando da elaboração do Código Penal, em 1940, e que não apresenta mais tanta compatibilidade tanto com a realidade social do aborto no Brasil hoje, quanto com o restante do atual ordenamento jurídico, como será demonstrado a seguir.

A determinação legislativa taxativa de hipóteses de exclusão de antijuridicidade do aborto, contida no art. 128, com certeza já não reflete do mesmo modo que à época de sua edição (1940) as aspirações da sociedade brasileira, nem a realidade do avanço científico. As hipóteses em questão estão restritas à gravidez resultante de estupro e à gestação que implica em risco de vida para a gestante. Ao tratar-se de uma causa especial de exclusão da antijuridicidade, a interpretação, em princípio, seria restritiva e não comportaria ampliação.<sup>44</sup>

É imprescindível tratar a questão do aborto hoje como o problema de saúde pública que ele é, sob essa ótica, tornou-se impraticável manter a criminalização. A prática do aborto trata-se de uma realidade social, responder a ela apenas com o instrumento do direito penal, cujo fruto é uma tipificação fundamentada em uma escolha política de cunho profundamente moral e religioso, é ignorar a profundidade da questão.

Do ponto de vista da reflexão teórica, entende-se que é necessário perceber o direito ao aborto como um problema político com uma centralidade bem maior do que aquela que em geral lhe é atribuída.

[...]

O aborto tende a permanecer à margem da discussão política, como uma questão “moral” (MIGUEL)<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 577-606, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/413>>. Acesso em: 06 nov. 2019. p. 584.

<sup>45</sup> MIGUEL, Luis Felipe. O direito ao aborto como uma questão política. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Aborto e democracia**. 1. ed. São paulo: Alameda, 2016. p. 55.

Ademais, cabe sublinhar que a utilização de discursos com fundamento religioso, ainda que constituintes da moral íntima e individual uma parte da sociedade, não podem prosperar em um Estado que se pretende laico, como justificativa válida para a manutenção de uma lei ineficaz, que reforça os impactos da desigualdade social e da violência de gênero, negando a efetivação de direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação e às liberdades sexual e reprodutiva.

No caso em questão, parece inegável a existência de um abismo entre o direito e a *práxis*, de tal forma que, nos últimos anos, a discussão passou a se apresentar com cada vez mais frequência diante, principalmente, dos tribunais superiores, levando a alterações jurisprudenciais importantes.

O que está claro, do ponto de vista político-criminal, é que o sistema de imputação utilizado no Brasil está muito aquém das exigências sociais contemporâneas a respeito da proteção da vida em gestação; e a realidade criminológica da cifra negra nos crimes de aborto é enorme, evidenciando a ineficácia absoluta da postura punitiva ampla adotada. Parece que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal voltou os olhos para o assunto e iniciou um percurso promissor no campo jurisprudencial, reconhecendo que o tema não envolve unicamente o direito a uma proteção da vida em formação, mas também vários direitos fundamentais da mulher gestante.<sup>46</sup>

Tais mudanças podem ser vistas como reflexo da ampliação dos debates acerca da legalização, e sua expansão para além dos movimentos feministas. Aos poucos o tema passou a ser tratado, não exclusivamente como uma demanda feminista pelas liberdades sexuais e reprodutivas, mas como um problema político, jurídico e de saúde pública.

Foi nos anos 1990 que a luta pela legalização da interrupção voluntária da gravidez ampliou-se, sendo defendida não só pelos movimentos feministas, mas também por outros segmentos da sociedade, passando a receber apoio dentro dos meios jurídico e médico. Até mesmo alguns movimentos de mulheres inseridas em instituições religiosas passaram a integrar a luta pelos direitos reprodutivos, é o caso da ONG Católicas pelo Direito de Decidir, que surgiu nos Estados Unidos na década de 90 e espalhou-se pelo Brasil e outros países da América Latina, defendendo abertamente o direito ao aborto.

---

<sup>46</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 98.

De fato, nos anos 1990, o movimento já não estava tão solitário nessa luta, contou com a adesão crescente de novos segmentos sociais: profissionais de saúde, juristas e parlamentares, com os quais o movimento estabeleceu amplo diálogo. Foi o período em que houve maior número de projetos de lei relacionados ao aborto no Congresso Nacional – com posições favoráveis, desfavoráveis e intermediárias –, evidenciando o crescimento democrático do debate.[11]<sup>47</sup>

Esse movimento não encontrou terreno fértil apenas no Brasil. Em realidade, no mundo todo, cada vez mais países estão adotando leis mais permissivas à interrupção voluntária da gravidez.

Segundo relatório da ONU sobre as políticas de aborto no mundo<sup>48</sup>, em 2013, ao todo 58 países no mundo previam a legalidade da interrupção voluntária da gravidez, incluindo a grande maioria dos países da Europa. Enquanto que apenas sete países em todo o mundo não previam expressamente a possibilidade de aborto para salvar a vida da mulher.

Hoje, no entanto, o número de países que regularizou a prática da interrupção voluntária da gestação é ainda mais expressivo, chegando a aproximadamente 63 países.

Uma breve observação acerca das regulamentações sobre aborto no mundo revela, talvez de maneira bastante previsível, que nos países chamados desenvolvidos, que tendem a apresentar maior igualdade de gênero e menores índices de violência contra as mulheres, as legislações apresentam-se mais favoráveis a possibilidade da interrupção voluntária da gestação, enquanto que, nos países com maior desigualdade de gênero, o contrário também é verdadeiro.

Em 2019, a organização internacional *Center for Reproductive Rights*<sup>49</sup> elaborou o mapa abaixo que contém informações sobre as leis de aborto no mundo. Além disso, a referida organização sem fins lucrativos mantém uma

---

<sup>47</sup> SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 678, agosto 2008. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2008000200023&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200023&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 16 out. 2018. [11] Maria Isabel B. ROCHA e Jorge A. NETO, 2003.

<sup>48</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. World Abortion Policies 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/population/publications/2011abortion/2011wallchart.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

<sup>49</sup> Center for Reproductive Rights é uma organização global de advocacia sem fins lucrativos, fundada em 1992, que visa a promoção dos direitos reprodutivos no mundo.



da Declaração de Pequim, traz expressamente em seu texto o debate sobre o aborto:

O aborto inseguro põe em risco a vida de um grande número de mulheres e representa um grave problema de saúde pública, porquanto são as mulheres mais pobres e jovens as que correm os maiores riscos. A maioria dos óbitos, problemas de saúde e lesões podem ser evitados, mediante a melhoria do acesso a serviços adequados de atendimento à saúde, métodos de planejamento familiar eficazes e sem riscos e atenção obstétrica de emergência, que reconheçam o direito de mulheres e homens à informação e ao acesso a métodos seguros, eficazes, exequíveis e aceitáveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos lícitos que decidam adotar para o controle da fecundidade e o acesso a serviços adequados de atendimento à saúde, propícios a que a gravidez e o parto transcorram em condições de segurança e ofereçam aos casais as maiores possibilidades de ter um filho são.<sup>51</sup>

Muito embora os textos das convenções não tratem expressamente da descriminalização do aborto, todos eles instituem compromissos que devem ser assumidos pelos Estados participantes para reduzir as desigualdades de gênero.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, por exemplo, dispõe sobre o seguinte:

#### Artigo 12

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar.
2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> ONU MULHERES. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Instrumentos internacionais de direitos das mulheres. Pequim, 1995. p. 148-258. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2019.

<sup>52</sup> BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**: promulga a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2019.

De outro lado, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, prevê:

Artigo 7

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e scan demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

[...]

e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;<sup>53</sup>

Tendo em vista tais compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, a adoção de medidas para a redução das desigualdades e da violência de gênero é imprescindível, e isso inclui a promoção de esforços no sentido de descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez.

Por fim, sem prejuízo das perspectivas levantadas acerca da descriminalização, pretende-se analisar ainda a matéria da regulamentação.

A grande diferença aqui é como a prática do aborto voluntário é vista pelo direito, nas hipóteses de regulamentação a interrupção voluntária da gestação continua sendo criminalizada, como ocorre no exemplo do Uruguai que veremos adiante, no entanto são estabelecidas hipóteses e circunstâncias em que a prática é permitida, contudo, quando o aborto for realizado fora dos parâmetros e regime prescritos a prática ainda será criminalizada.

A maioria dos ordenamentos jurídicos modernos segue, portanto, um caminho intermediário e caminham entre dois modelos de solução, que chamarei, de modo simplificador, de “solução de indicações” e “solução de prazo”[4]. Segundo a solução de indicações, o aborto é, em princípio, punível. Ele é, contudo, justificado e impunível, se ele for realizado por um médico, a desejo da gestante, e se estiver presente determinada indicação (por ex., graves perigos para a saúde física ou anímica da mãe, gravidez decorrente de delito sexual, situação social gravosa, ou idade demasiado jovem da mãe). Segundo a solução de prazo, pode-se, dentro de determinado prazo – em geral, três meses – interromper a gravidez a desejo da mãe, sem que se mencionem motivos. Após o decurso

---

<sup>53</sup> BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**: Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm)>. Acesso em 10 nov. 2019.

deste prazo, somente uma indicação médica posteriormente surgida pode levar ao aborto.<sup>54</sup>

Neste mesmo sentido, a partir de uma perspectiva do direito comparado, diante do confronto entre a forma como o aborto é tratado no direito brasileiro e no direito alemão, Roxin traçou a seguinte consideração:

Qual será a regulamentação correta? Pessoalmente sempre defendi uma solução de indicações bastante generosa, e a considero ainda hoje preferível, em teoria, uma vez que ela deixaria 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 mera formalidade. A insistência do Tribunal constitucional alemão no sentido da antijuridicidade de tal aborto pode melhorar a proteção à vida do embrião no mundo dos conceitos jurídicos, mas não na realidade social.<sup>55</sup>

Uma abordagem em favor da regulamentação deve considerar que ela pode se apresentar como um primeiro passo para a definitiva descriminalização. Ainda utilizando-se da analogia feita por Flávia Biroli<sup>56</sup> entre a criminalização do aborto voluntário e a proibição do divórcio, em um primeiro momento teríamos a completa proibição, com a posterior evolução para uma possível regulamentação - que no caso do divórcio seria a passagem da indissolubilidade para a possibilidade separação judicial, dentro dos critérios definidos - e por fim a descriminalização - que nesta comparação seria semelhante ao divórcio hoje, com caráter potestativo.

---

<sup>54</sup> ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 7 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/conteudo/prote%C3%A7%C3%A3o-da-vida-humana-atrav%C3%A9s-do-direito-penal>>. Acesso em 02 nov. 2019. [4] Estas duas soluções foram desenvolvidas na Alemanha, primeiramente, em 1970, no Projeto Alternativo de Código Penal, Parte Especial, Delitos contra a pessoa, volume parcial I, p. 25 e ss., do qual fui co-autor, e guiaram as discussões desde então. Para o direito comparado: ESER / KOCH, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Parte 1: Europa, 1988, Parte II: Aubereuropa, 1989.

<sup>55</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2.ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173-174

<sup>56</sup> BIROLI, Flávia. Aborto, justiça e autonomia. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Org.). **Aborto e democracia**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016. p. 18.

É imprescindível que a legislação evolua no sentido de iniciativas já consagradas que parecem equilibrar as questões desde o ponto de vista do bem jurídico, tais como a lei de 30 de outubro de 2012, (Ley de interrupción voluntaria del embarazo – Lei nº 18.987) do Uruguai, ou a Lei de ajuda à família e à gravidez, de 27 de julho de 1992, na Alemanha, que trabalha a questão a partir da justificação procedimental sob forma de exclusão da pretensão de antijuridicidade ou ilicitude.[208] O fato é que medidas descriminalizadoras no campo das permissões fortes e fracas podem representar um efetivo ganho para o bem jurídico nos casos de aborto.<sup>57</sup>

Na prática, uma regulamentação demanda maiores esforços e depende de outras políticas públicas para a sua completa efetivação. É necessário que haja correta estrutura no sistema de saúde pública, além de que é preciso garantir a eliminação de qualquer discriminação que possa resultar da escolha pela realização do procedimento abortivo.

Independente, contudo, de ser adotada a descriminalização ou a regulamentação, fato é que manter a criminalização do aborto, neste sentido, significa manter padrões de um direito penal inquisitorial e patriarcal, como a época das bruxas.

#### 4.3 URUGUAI E O EXEMPLO LATINO AMERICANO

A título exemplificativo, será realizada aqui uma análise da experiência uruguaia, por se tratar de um país culturalmente muito similar o Brasil que passou por um processo recente de regulamentação do aborto voluntário.

Em outubro de 2012 a Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez (IVE - sigla para *Interrupción Voluntaria del Embarazo*) foi aprovada no Uruguai, representando um grande avanço latino americano para os direitos das mulheres. A lei prevê a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez mediante um processo de quatro consultas que transcorrem da seguinte forma:

---

<sup>57</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 108. [208] Para mais detalhes sobre a justificação procedimental veja-se BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: 2017, capítulo IX. Monograficamente, HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación Material y justificación procedimental en el Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1997.

Para aceder ao procedimento, a mulher deve assinar um formulário de consentimento esclarecido, seguido de quatro consultas médicas: a) a primeira, com um clínico geral, ginecologista ou qualquer outro profissional da saúde; ele deverá encaminhá-la para uma equipe interdisciplinar de assessoramento, num prazo de até 24 horas; b) a segunda, com a equipe interdisciplinar, integrada por um ginecologista, um profissional da área social e outro da área de saúde mental; nesta consulta, a mulher será informada sobre métodos para interromper a gravidez, riscos e alternativas para a maternidade, como a adoção; depois da consulta, a mulher terá cinco dias para refletir; c) após esses cinco dias, se a mulher mantiver sua determinação de interromper a gravidez, ela deverá comparecer à terceira consulta com o ginecologista, que procederá a iniciar a interrupção; d) a quarta consulta é posterior ao aborto e, com ela, busca-se realizar um monitoramento da situação da paciente e assessorá-la sobre os métodos anticoncepcionais.<sup>58</sup>

O processo para o aborto no Uruguai, conforme pontuado anteriormente, refere-se a uma regulamentação, e não a uma descriminalização, uma vez que o aborto realizado fora dos moldes expostos acima continua sendo criminalizado.

Esse processo para a interrupção da gravidez realizado em várias etapas foi o resultado de negociações políticas no âmbito legislativo, a fim de tornar possível a aprovação da lei, o que resultou em uma permissão mais branda.

Como geralmente acontece quando um projeto de lei não obtém consenso, ele se transforma numa lei menos radical, produto de negociações. Neste caso as alterações sofridas no projeto de lei - que significaram uma perda nos direitos das mulheres - dão conta de um certo sucesso das estratégias conservadoras.<sup>59</sup>

O modelo uruguaio, apesar de ser reconhecidamente um avanço, também sofreu críticas do movimento feminista. O fato de serem obrigatórios cinco dias para refletir sobre a decisão foi considerada uma forma de mitigar e questionar a possibilidade de autodeterminação da mulher. Por outro lado, é importante destacar que a decisão de realizar um aborto é também uma decisão que gera sofrimento para a mulher e, portanto, é muito importante que essa decisão seja assistida e

---

<sup>58</sup> ROSTAGNOL, Susana. As vicissitudes da lei da interrupção voluntária da gravidez no Uruguai: estratégias conservadoras para evitar o exercício do direito de decidir das mulheres. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Aborto e democracia**. 1. ed. São paulo: Alameda, 2016. p. 221.

<sup>59</sup> ROSTAGNOL, Susana. As vicissitudes da lei da interrupção voluntária da gravidez no Uruguai: estratégias conservadoras para evitar o exercício do direito de decidir das mulheres. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Aborto e democracia**. 1. ed. São paulo: Alameda, 2016. p. 221.

humanizada, sendo muito interessante que se proponha um acompanhamento da mulher não só antes do aborto, mas também depois da sua realização.

Saber se a lei, nos termos em que foi promulgada, é positiva ou negativa, depende de verificar como está sendo aplicada a lei de fato, em suma, compete saber se na prática as mulheres não acabam sendo pressionadas a não abortar, ou se não ocorre uma intimidação ou discriminação destas mulheres quando procuram o sistema de saúde para realizar o abortamento, todos esses fatores são importantes e devem ser investigados.

As mulheres enfrentam várias dificuldades no acesso aos serviços de aborto no Uruguai. Os tempos de espera são excessivos e, às vezes, a objeção de consciência do pessoal da saúde não permite que os cuidados pré e pós-aborto sejam os adequados. Em algumas regiões, especialmente em localidades afastadas de centros povoados maiores que contem com postos de saúde, resulta difícil para as mulheres cumprir com as quatro consultas devido aos deslocamentos que isso implica. Existe uma desproporção entre as mulheres que solicitam abortos e o pessoal da saúde que pode satisfazer suas demandas. Finalmente, em comunidades menores, o problema do estigma atenta contra a boa atenção. As mulheres que requerem abortos correm o risco de serem estigmatizadas em seu bairro ou cidade. Este último aspecto é uma manifestação da luta pelos sentidos do mundo, arena de confronto entre sentidos de raiz conservadora e outros de raiz libertadora-progressista.<sup>60</sup>

O modelo uruguaio, ainda que não seja o ideal, é interessante se corretamente conduzido, no sentido de garantir que a escolha pela realização do aborto - que pode ser psicologicamente tão difícil para a mulher, principalmente em culturas como a latino americana em que a culpa cristã afeta tanto o inconsciente das mulheres (independente da religiosidade propriamente dita, já que se trata pois intrínseca à nossa cultura) - seja realmente consciente e feita sem qualquer vício de vontade, que seja expressão da livre vontade da mulher.

Essencialmente, que a decisão da mulher não seja impelida pela falta de opção, nos casos em que a mulher não deseje eventualmente fazê-lo mas decida por isso diante de condições financeiras desfavoráveis - caso em que, sob uma perspectiva talvez bastante idealista, o governo então possibilitaria financeiramente

---

<sup>60</sup> ROSTAGNOL, Susana. As vicissitudes da lei da interrupção voluntária da gravidez no Uruguai: estratégias conservadoras para evitar o exercício do direito de decidir das mulheres. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Aborto e democracia**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016. p. 233-234.

a criação do filho - ou ainda, sob a hipótese de a mulher ver-se compelida pelo parceiro a realizar o aborto.

#### 4.4 RETROCESSO CONSERVADOR

A ampliação dos debates a favor da legalização do aborto no Brasil gerou um aumento dos esforços em sentido diametralmente oposto, as forças ultraconservadoras passaram a se manifestar de forma cada vez mais intensa de maneira contrária à legalização, e até mesmo em oposição às permissões já existentes no ordenamento jurídico atual.

A reação em sentido contrário à legalização do aborto ganhou espaço no Congresso Nacional, de forma que nos últimos anos muito se falou sobre o tema, mas na maioria das vezes o aborto foi mencionado por parlamentares homens e no sentido de criticar os esforços pela descriminalização, como demonstra a pesquisa realizada por Luis Felipe Miguel e Flávia Biroli, conjuntamente com as bolsistas do Grupo de Pesquisa sobre Democracia e Desigualdades.

Tabela 1 - Posições sobre aborto, por sexo.

Posições agrupadas/Sexo	Mulheres	Homens	Total
a favor da ampliação do aborto legal	46,80%	10,90%	15,70%
a favor da manutenção da lei	12,10%	14,40%	14,10%
posições contrárias ao aborto (agrupadas)	23,40%	67,90%	61,90%
pela educação sexual e/ou planejamento familiar	17,70%	12,90%	13,60%
não se posiciona	15,30%	7,10%	8,20%
	<i>n = 124</i>	<i>n = 791</i>	<i>n = 915</i>

Fonte: Pesquisa “Direito ao aborto e sentidos da maternidade: atores e posições em disputa no Brasil contemporâneo”.

Obs.: Os percentuais ultrapassam 100% porque era possível indicar até duas posições em cada discurso.<sup>61</sup>

<sup>61</sup> MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 50, e175013,

A pesquisa foi realizada mediante análise de todos os discursos sobre o tema do aborto na Câmara dos Deputados entre 1991 e 2014, tendo sido analisados no total 915 discursos. Como esperado, primeiramente o número de homens no Congresso brasileiro é muito maior que o de mulheres, e os discursos favoráveis ao aborto são muito mais comuns entre as mulheres.

Por serem tão poucas as mulheres, pode ser enganoso comparar os percentuais de discursos pelo sexo. Mas os percentuais colaboram, apesar disso, para qualificar sua atuação: enquanto 13,6% do total de discursos foram pronunciados pelas mulheres, 40% do total de discursos favoráveis à ampliação do direito ao aborto foram de autoria delas. Esse dado indica que, embora a presença das mulheres seja pequena, sua participação nesse debate é relevante e é diferente da participação dos homens.<sup>62</sup>

Um dos maiores exemplos de esforços conservadores que caminha em sentido contrário à descriminalização é a elaboração do estatuto do nascituro que tramita na Câmara dos deputados. O Projeto de Lei (PL) 478/2007, de autoria dos deputados federais Luiz Carlos Bassuma (PT/BA) e Miguel Martini (PHS/MG), foi aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família e na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara e aguarda tramitação na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher.

O Estatuto define nascituro da seguinte forma:

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

---

2017 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332017000200505&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200505&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 02 Nov. 2019.

<sup>62</sup> MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 50, e175013, 2017 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332017000200505&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200505&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 02 Nov. 2019.

Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.<sup>63</sup>

O Estatuto do Nascituro cria tipos penais para quem: anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto; fizer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática; induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para que o pratique. Além disso, o Projeto inova ao prever, em seu artigo 23, o aborto na modalidade culposa, prevendo para ele a mesma pena hoje prevista para o autoaborto:

Art. 23 Causar culposamente a morte de nascituro.

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.<sup>64</sup>

Os crimes de aborto já previstos no Código Penal também teriam suas penas aumentadas com a aprovação do PL. O aborto consentido passaria a ser punido com pena de reclusão - e não mais de detenção - de um a três anos, já as penas dos artigos 125 e 126 do Código Penal aumentariam para 6 (seis) a 15 (quinze) anos e 4 (quatro) a 10 (dez) anos respectivamente com a nova redação. Por fim, o artigo 32 do Estatuto do Nascituro pretende alterar o artigo 1º da Lei nº 8.072 de 1990, inserindo o crime de aborto no rol de crimes hediondos.

No mesmo sentido, existem projetos igualmente retrógrados tramitando no legislativo federal, como projetos que propõem a criminalização do aborto em todas as suas formas, retirando do código as permissões do aborto necessário e do aborto humanitário.

São projetos como esse que demonstram o quanto os discursos neoconservadores ampliaram-se e ganharam espaço na Câmara dos Deputados e

---

<sup>63</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 478/2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 17 set. 2019. Texto Original.

<sup>64</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 478/2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 17 set. 2019. Texto Original.

do Senado Federal, em clara oposição à ampliação do debate sobre a legalização do aborto.

As distintas formas de narrativas fundamentalistas a favor da criminalização e contrárias à legalização do aborto cresceram exponencialmente no Brasil a partir de 2005, em reação à elaboração e à apresentação naquele ano pelo Poder Executivo ao Legislativo de minuta de projeto de lei em favor da legalização da interrupção da gravidez. [...]

O risco de iminente legalização do aborto a partir de iniciativa do Executivo levou à crescente reação das forças sociais contrárias que passaram a se organizar articulando forças parlamentares e religiosas e buscando expansão e adesão social mais ampla.

Denomino retrocesso neoconservador o período que se inicia claramente ao final de 2005 e que se agudiza a partir dos anos 2010, com o crescimento do poder político da movimentação pró-vida no Parlamento brasileiro que reage a um processo de secularização da sociedade e ao crescimento dos movimentos sociais por direitos humanos.<sup>65</sup>

A questão do aborto tem sido uma das pautas principais nas últimas eleições, dividindo os candidatos entre os que são favoráveis e contrários à elaboração de políticas públicas de aborto e da descriminalização.

A força dos movimentos neoconservadores foi amplamente notada nas eleições de 2018. Dentre os principais candidatos à presidência nas eleições de 2018, todos manifestaram suas posições frente a questão do aborto, de forma bastante polarizada. É necessário observar que independente de favorável ou contrária, nos últimos anos, manifestar uma posição sobre o tema tem sido uma cobrança da sociedade.

Efetivamente, observando os resultados das últimas eleições, verifica-se que o ambiente na política brasileira não se apresenta favorável à legalização. Em realidade, talvez seja ainda menos favorável que alguns anos atrás, demonstrando que após anos de avanços em busca de legislações mais favoráveis e de flexibilizações jurisprudenciais, o momento atual marca um grande retrocesso para a efetivação da pauta.

---

<sup>65</sup> MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 50, e17504, 2017. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 16 out. 2018. Epub julho 06, 2017.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre o aborto sempre foi muito relevante dentro do movimento feminista, ainda que sob diferentes aspectos a depender da corrente analisada, essencialmente o direito ao aborto legal, seguro e gratuito é uma condição para a emancipação das mulheres.

Contudo, a manutenção da criminalização do aborto no Brasil, diante da realidade social das mulheres, em especial das mulheres negras e pobres, tornou-se de tal modo insustentável que hoje é mais do que necessário debater o assunto para além do âmbito do movimento feminista, mediante a ocupação dos espaços políticos pelas mulheres.

Descriminalizar o aborto é, sobretudo, salvar vidas de mulheres negras e periféricas, sem prejuízo de proporcionar mais um importante passo no sentido da total emancipação das mulheres e da garantia ao direito à autodeterminação.

Nesse sentido, insere-se a busca pela despatriarcalização do Estado, a fim de inserir as mulheres nos debates políticos, de modo que questões como a interrupção voluntária da gravidez passem a ser discutidas pelas próprias mulheres, com políticas públicas de qualidade feitas por e para elas, desconstruindo o modus operandi atual, em que os debates são protagonizados por homens brancos, que reproduzem discursos de cunho moral e religioso, sob uma ótica patriarcal que já deveria, há muito, ter sido ultrapassada.

Buscar compreender as raízes políticas e criminológicas que geram construções legislativas como a criminalização do aborto talvez seja o primeiro passo para buscar a desconstrução do caráter de normalidade e neutralidade desses institutos. Desse modo, será possível avançar na discussão a partir dos pontos que são de fato relevantes e urgentes.

E o principal ponto é o seguinte: o Estado está matando mulheres há muito tempo, apenas a partir de diferentes institutos. As bruxas do século XXI não são queimadas na fogueira, mas continuam morrendo, todos os dias, em decorrência de abortos clandestinos.

Elas (as mulheres de minorias étnicas) estavam muito mais familiarizadas do que suas irmãs brancas com os bisturis mortalmente desastrados de pessoas inaptas que buscavam lucro na ilegalidade. [...] Elas eram a favor do direito ao aborto, o que não significava que fossem defensoras do aborto.

Quando números tão grandes de mulheres negras e latinas recorrem a abortos, as histórias que relatam não são tanto sobre o desejo de ficar livres da gravidez, mas sobre as condições sociais miseráveis que as levam a desistir de trazer novas vidas ao mundo.

As mulheres negras têm autoinduzido abortos desde os primeiros dias da escravidão. Muitas escravas se recusavam a trazer crianças a um mundo de trabalho forçado interminável, em que correntes, açoites e o abuso sexual de mulheres eram as condições da vida cotidiana.<sup>66</sup>

Encerro esse trabalho com a citação da professora e filósofa negra Angela Davis, para que reste claro, para além de toda a discussão promovida aqui, que o real objetivo da luta pela legalização do aborto deve ser proteger as vidas e os direitos fundamentais das mulheres, principalmente daquelas em posições de maior vulnerabilidade.

---

<sup>66</sup> DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. 1. ed. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 207.

## REFERÊNCIAS

- ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres; SÁ, Priscilla Placha (Coords.); SIMÕES, Heloísa Vieira; ROMFELD, Victor Sugamoto (Orgs.). **Criminologias: feminismos, mídias e protestos sociais**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita (EVG), 2018. Disponível em: <<https://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/criminologias-feminismo-midia-e-protestos-sociais/>>. Acessado em: 06 nov. 2019.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 134 p.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. 126 p.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 2.ed. Trad. Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 935 p.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Org.). **Aborto e democracia**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016. 242 p.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política: uma introdução**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014. 164 p.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Org.). **Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras**. Vinhedo: Horizonte, 2012. 290 p.
- BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 2: dos crimes contra a pessoa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 510 p.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 478/2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 17 set. 2019. Texto Original.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção Humanizada ao Abortamento: Norma Técnica**. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. 2. ed. Brasília. 2010. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao\\_humanizada\\_abortamento\\_norma\\_tecnica\\_2ed.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 11 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 - Rio de Janeiro**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 1012 p.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 577-606, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/413>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. **The World's Abortion Laws**. 26 de abril de 2019. Disponível em: <<https://reproductiverights.org/worldabortionlaws>> . Acesso em 16 nov. 2019.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. 1. ed. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, p. 959-966, junho 2010. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 05 out. 2019.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fevereiro 2017. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 out. 2019.

DINIZ, Debora. **Zika: do sertão nordestino à ameaça global**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. 192 p.

FERRAND, Michèle. O aborto, uma condição para a emancipação feminina. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 653-659, agosto 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2008000200020&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200020&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 01 nov. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. 302 p.

GINZBURG, Carlo. **História Noturna**. Trad. Nilson Moulin Louzada. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. 479 p.

HTUN, Mala. **Sex and the state: abortion, divorce, and the family under Latin American dictatorships and democracies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 219 p.

KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Trad. Paulo Froes. 28. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. 502 p.

MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 50, e17504, 2017. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 16 out. 2018. Epub julho 06, 2017.

MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Debora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 563-572, fevereiro 2016. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232016000200563&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000200563&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 out. 2019.

MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 50, e175013, 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332017000200505&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200505&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 02 Nov. 2019.

MARTINS, Fernanda; GOULART, Mariana. Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para emancipação de gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S.l.], v. 123, dez. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.123.08.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.123.08.PDF)>. Acesso em: 01 nov. 2018.

MATOS, Marlise; PARADIS, Clarisse Goulart. Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 43, p. 57-118, dez. 2014. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332014000200057&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200057&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 28 out. 2018.

OLIVEIRA, Rayane Noronha. O aborto no Brasil: análise das audiências públicas do Senado Federal (2015-2016). **Sociedade e Estado**, v. 32, n. 3, p. 805-806, 23 fev. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/7736>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

ONU MULHERES. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Instrumentos internacionais de direitos das mulheres. Pequim, 1995. p. 179.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. World Abortion Policies 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/population/publications/2011abortion/2011wallchart.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. 343 p.

ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 7 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/conteudo/prote%C3%A7%C3%A3o-da-vida-humana-atrav%C3%A9s-do-direito-penal>> Acesso em 04/08/2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2.ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173-174

SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 675-680, agosto 2008. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2008000200023&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200023&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 16 out. 2018.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito penal brasileiro: primeiro volume**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 658 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. 319 p.