



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARA PAULA DE MENESES COSTA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO SOB A PERSPECTIVA DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DOS DIREITOS
SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES**

FORTALEZA - CE

2018

LARA PAULA DE MENESES COSTA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO SOB A PERSPECTIVA DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DOS DIREITOS
SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Criminologia.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Gretha Leite Maia.

Fortaleza – CE

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- C873d Costa, Lara Paula de Meneses.
A Descriminalização do aborto sob a perspectiva da criminologia crítica e a necessidade de regulação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres / Lara Paula de Meneses Costa. – 2018.
71 f. : il. color.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Profª. Dra. Gretha Leite Maia.
1. Criminologia Crítica. 2. Direitos Sexuais e Reprodutivos. 3. Aborto. 4. Descriminalização. 5. Democracia. I. Título.

CDD 340

LARA PAULA DE MENESES COSTA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO SOB A PERSPECTIVA DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DOS DIREITOS
SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Processual da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito. Área de concentração: Criminologia.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Gretha Leite Maia (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof.^a Dr.^a Cynara Monteiro Mariano
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

Escrever esse trabalho só foi possível porque não estive sozinha durante o caminho da graduação. Portanto, quero agradecer a Deus, por sempre abençoar meus passos e colocar ao meu redor pessoas incríveis. Dentre todas as pessoas, um agradecimento especial,

Aos meus pais, Sergio e Veridiana, por serem os melhores pais que uma filha pode ter, por fornecerem sempre tudo de melhor para mim, estando ao meu lado em cada conquista e pelo afeto e cuidado de todos os dias. Ao meu irmão, Lucas pela companhia alegre e por ser sempre um grande parceiro em tudo que eu preciso.

A toda a minha família, meus primos, meus tios e tias e aos meus avós, que são extremamente importantes na minha vida e fazem com que eu me sinta sempre amada e feliz.

À Thais, por me apoiar em todos os momentos, sendo tão companheira.

Aos demais amigos do Núcleo de Assessoria Jurídica Comunitária (NAJUC): Gláucia Maria, Carol, Ívina, Eduardo, Alberto, Ítalo, Layessa, Isabella, José Neto e Victor Ariel, com quem aprendi e espero continuar aprendendo muito. Que esse núcleo seja sempre um espaço de formação de lutadores por um mundo mais justo. A experiência da extensão não seria a mesma sem vocês.

Aos companheiros do Grupo de Pesquisa Democracia e Direito (GPDD), com os quais compartilhei a experiência da pesquisa.

Aos amigos de faculdade de todos os semestres e, sobretudo aos companheiros do Centro de Assessoria Jurídica Universitária (CAJU), aos companheiros que formaram a chapa O Novo Sempre Vem, em 2017, e aos companheiros da chapa Quem Vem Com Tudo Não Cansa, vitoriosos em 2018, nas eleições do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua. Vocês também são companheiros de luta muito valorosos e fizeram com que a minha passagem durante a Faculdade de Direito fosse mais leve e gratificante. Aprendi muito lutando ao lado de vocês, que os nossos caminhos se cruzem em outras barricadas.

Aos amigos da chamada Galera da Pesada. Vocês são os melhores amigos de outro curso que eu poderia ter. Vocês são as melhores pessoas para conversar sobre política, planejar surpresas de aniversário, ir a shows e cozinhar juntos. Obrigada por me acolherem e me darem tantas alegrias.

Aos amigos de infância do Condomínio Carlos Drummond de Andrade, pela melhor companhia durante a minha infância e adolescência, vocês influenciaram de toda forma minha formação enquanto pessoa.

Aos companheiros de militância da Insurgência, da Juventude do PSOL e do Núcleo de Mulheres Rosa Luxemburgo. Somente a luta muda à vida e sou grata por lutar junto de vocês. Nossos sonhos não cabem nas urnas. Agradeço pelo companheirismo e por me fazerem acreditar em um mundo diferente.

Aos meus professores, tanto os da UNI7, local onde iniciei o curso de direito, como os da UFC, onde concluo esse curso de graduação, em especial, ao Professor Raul Nepomuceno, por me despertar o interesse no tema ao longo das aulas de criminologia. Agradeço também ao coordenador Sidney Guerra e a todos os servidores da coordenação, departamentos e do Núcleo de Prática Jurídica, por serem pessoas sempre solícitas e generosas, sem vocês nada disso seria possível.

À minha orientadora, Gretha Leite Maia, por ter aceitado esse desafio, por toda a paciência, pelos conselhos, a parceria e, sobretudo, por acreditar no meu potencial, todo meu carinho, respeito, gratidão e admiração.

A todas as mulheres do meu convívio que me inspiram, me fortalecem e me ensinam sobre sororidade, assim como a todas aquelas que lutam pelos direitos das mulheres e que me representam nas lutas. Marielle Presente!

Aos que deixei de citar, não por falta de afeto, e sim para não me estender mais. Sintam-se agradecidos todos do fundo do meu coração.

“Que nada nos limite.

Que nada nos defina.

Que nada nos sujeite

Que a liberdade seja nossa própria substância”

Simone de Beauvoir

RESUMO

O presente estudo busca questionar a tipificação penal da interrupção voluntária da gravidez à luz da teoria crítica da criminologia, observando a não efetividade da criminalização para a redução da prática do abortamento. O estudo faz referência a outros estudos quantitativos e analisa as razões para que a legislação restritiva continue vigorando. A partir disso, parte-se para a análise do conceito de direitos sexuais e reprodutivos, para, posteriormente, fazer um aporte da discussão sobre o aborto no Brasil. A metodologia utilizada possui caráter qualitativo, adotando-se o raciocínio lógico-dedutivo ao estudar o trâmite da ADPF 54, bem como os fundamentos que deram suporte ao seu julgamento favorável. Analisam-se também as ações em curso que visam o aumento das hipóteses de aborto legal e os julgados precedentes do STF usados como fundamento dessas ações, que demonstram a posição dos julgadores sobre a necessária descriminalização do aborto voluntário. Por fim, observam-se Projetos de Lei e de Emenda Constitucionais em tramitação, que acabam por dificultar o acesso ao aborto legal ou permitem a criminalização dessas condutas já permitida em lei. Conclui-se que a discussão sobre a legalização do aborto no Brasil avança na esfera judicial. Aponta, ainda, como causas para a permanência da tipificação penal no Brasil, a subrepresentação das mulheres e o aumento da bancada religiosa no Congresso Nacional, que impedem o avanço desse debate no poder legislativo. Além de fragilizar a democracia e ferir o princípio da laicidade do Estado, fazem surgir ameaças legislativas aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Palavras-chave: Criminologia Crítica, Direitos Sexuais e Reprodutivos, Aborto, Descriminalização, Democracia.

ABSTRACT

That study intends to question the criminal typification of voluntary interruption of pregnancy in the light of critical theory of criminology, noting the ineffectiveness of criminalization for the reduction of abortion practice, using a narrative review of quantitative studies, and finally, analyzing the reasons for restrictive legislation to remain in force. From this, it is started to analyze the concept of sexual and reproductive rights, in order to contribute to the discussion about abortion in Brazil. The methodology used has a qualitative character, adopting the logic-deductive reasoning to study the trajectory of the ADPF 54, as well as the foundations that gave support to its favorable judgment. It also analyzes the ongoing actions aimed at increasing the chances of legal abortion and the precedents of the STF used as the basis for these actions, which demonstrate the position of the judges about the necessary decriminalization of voluntary abortion. Lastly, it is observed Draft Laws and proposed Constitutional Amendments, which aimed end up hampering access to legal abortion or allowing the criminalization of such conduct already permitted by law. It is concluded that the discussion about the legalization of abortion in Brazil advances in the judicial sphere. However, the underrepresentation of women and the increase of the religious bench in the National Congress preclude the advancement of this debate in the legislative power. That is make to weaken democracy and violates the principle of state secularism; in addition, legislative threats to women's sexual and reproductive rights are emerging.

Key-Words: Criminology, Critical Criminology, Sexual and Reproductive Rights, Abortion, Decriminalization, Democracy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ANÁLISE DA TIPIFICAÇÃO DO ABORTO SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DO SIMBOLISMO PENAL	13
2.1. A tipificação do aborto e seus efeitos	13
2.2. Criminologia crítica, abolicionismo e o objetivo do sistema penal	15
2.3. A restrição do aborto e o simbolismo penal	22
3. DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS, ABORTO LEGAL NO BRASIL E A MITIGAÇÃO DE DIREITOS PELO JUDICIÁRIO	28
3.1. Direitos sexuais e direitos reprodutivos como direitos fundamentais	28
3.2. Hipóteses de aborto legal no Brasil e ADPF 54	35
4. A ATUAL DISCUSSÃO SOBRE O DIREITO AO ABORTO NO BRASIL	45
4.1. A busca do direito ao aborto pela via judicial	45
4.2. Ameaças legislativas aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres	54
5. CONCLUSÃO	63
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a abordar a questão do aborto no Brasil, fazendo uma crítica à criminalização da prática abortiva como violação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Problematisa-se a discussão sobre aborto atualmente no Brasil, questionando-se quais as vias buscadas para a legalidade dessa prática? A descriminalização do aborto e a regulamentação dos direitos sexuais e reprodutivos perpassam por quais questões mais amplas do Estado brasileiro?

Objetiva-se fazer uma análise sobre a criminalização do aborto sob a perspectiva da criminologia crítica, observando as hipóteses permitidas em lei e autorizadas pela jurisprudência, assim como alertando sobre ameaças legislativas que se apresentam na atual conjuntura político institucional.

A metodologia adotada possui caráter predominantemente qualitativo, adotando-se o raciocínio lógico-dedutivo ao analisar os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal e os Projetos de Lei e de Emendas Constitucionais abordados. Permite-se ainda uma análise quantitativa na forma de revisão narrativa de dados apresentados em outros estudos sobre a temática, usados para demonstrar a ineficácia da restrição penal.

No primeiro capítulo, problematisa-se a criminalização da interrupção voluntária da gravidez a partir da teoria crítica da criminologia, usando da narração bibliográfica teórica para explicar a relação de dominação e poder exercida pelo sistema penal, de acordo com Michel Foucault e, com foco na crítica abolicionista, nas ideias de Eugênio Raul Zaffaroni. Na forma de revisão narrativa de dados apresentados em estudos internacionais sobre a temática, permite-se uma análise quantitativa para exemplificar a inefetividade da restrição penal para a redução da prática de abortamento e pergunta-se quais as razões para a legislação restritiva continuar em vigor. Adentra-se, então, ao simbolismo penal, observando o sistema punitivo como representação das relações de poder, sobretudo no que se refere aos corpos das mulheres.

No segundo capítulo, procura-se a conceituação dos direitos sexuais e direitos reprodutivos, revisando teóricas feministas e compreendendo tais direitos como garantias fundamentais que são protegidas pelos princípios constitucionais e pelo direito internacional. Ao buscar a origem dos conceitos de direitos sexuais e direitos reprodutivos, adota-se o raciocínio lógico dedutivo para entendê-los como direitos fundamentais, aos quais a

Constituição Federal confere condições normativas suficientes (fundamentalidade formal) para sua força normativa, usando a teoria de Dimoulis e Martins para embasar o conteúdo de direitos fundamentais.

As hipóteses de aborto permitidas no Brasil são apresentadas e, para analisar a discussão sobre aborto na via judicial, toma-se como ponto de referência inicial a análise documental do julgamento da ADPF 54. Descreve-se a trajetória dessa ação, bem como os fundamentos que levaram ao julgamento favorável do pedido, por meio dos votos dos ministros julgadores, que resultaram na autorização da prática da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos.

Ainda pela via judicial, no terceiro capítulo, são observadas quais outras demandas pelo direito ao aborto voluntário estão sendo feitas por meio do controle abstrato de constitucionalidade, ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, capazes de produzir efeitos *erga omnes*, ou seja, efeitos vinculantes, que ainda estão em curso e devem ser apreciadas pelos ministros. Em busca no sítio eletrônico do STF, em área específica para o controle de constitucionalidade¹, usando como palavras-chaves de procura ‘provocar aborto’, encontrou-se duas ações em curso que foram analisadas: ADI 5.581 e ADPF 442.

Essas ações visam à obtenção do direito ao aborto possibilitando, respectivamente, a interrupção da gestação quando a mulher comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus Zika e a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez. Abordam-se os precedentes que deram supedâneo para a impetração dessas ações e outros documentos levados aos processos, relacionando a possível atuação judicial com a criminologia crítica pelo método lógico dedutivo, bem como se analisa importância de tais iniciativas, alertando para os limites da via judicial.

Observa-se, ainda no terceiro capítulo, a subrepresentação das mulheres no Congresso Nacional e são descritos projetos de lei e propostas de emendas constitucionais, proposituras legislativas selecionadas a título exemplificativo, que estão em curso e implicam retrocessos aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, seja por dificultar o acesso a esses direitos, ou por objetivarem o fim das hipóteses de aborto permitidas em lei ou já autorizadas pelo judiciário.

Dessa forma, observa-se o conteúdo e a tramitação de cada propositura citada,

¹Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp> Acesso em 09 de maio de 2018.

quais sejam: o PL 478/2007 (Estatuto do Nascituro), o PL 5.069/2013 (objetiva criminalizar a informação ou induzimento à prática de aborto, inclusive nas hipóteses permitidas, dificultando o acesso a esse direito) e os PLs nº 461 de 2016 e nº 46 de 2017 (visam incluir “*em qualquer fase da gestação*” nos tipos penais do crime de aborto).

Partindo para a observação das propostas de alteração do texto constitucional, foram citadas as Propostas de Emendas Constitucionais nº 164 de 2012 e nº 29 de 2015 (visa acrescenta a “*inviolabilidade do direito à vida desde a concepção*” no art. 5º da CRFB), bem como as PECs nº 58 de 2011 e nº 181 de 2015 (objetiva alterar o inciso XVII do art. 7º da CRFB para estender a licença maternidade em caso de nascimento prematuro do bebê, mas, quando apensadas em Comissão Especial, acrescentou-se a inclusão de alterações no inciso III do art. 1º da CRFB, estabelecendo “*III - dignidade da pessoa humana, desde a concepção*” e no caput do art. 5º da CRFB, incluindo a “*inviolabilidade do direito à vida desde a concepção*”).

Essas proposições são caracterizadas como ameaças legislativas aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Faz-se uma análise, usando do método indutivo-dedutivo, de como o direito ao aborto perpassa um debate mais amplo sobre a laicidade do Estado e a democracia. A descriminalização do aborto voluntário encontra uma barreira no poder legislativo.

Dessa forma, as determinações judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não poderão suprir uma legislação regulamentadora necessária para garantir o acesso ao aborto e aos demais direitos sexuais e reprodutivos pelo Sistema Único de Saúde. Somente com o acesso gratuito ao procedimento abortivo, as mulheres, em sua totalidade, efetivamente terão regulados seus direitos sexuais e reprodutivos, garantindo o aborto voluntário e induzido de forma segura, evitando-se a morte de inúmeras mulheres em abortamentos clandestinos.

O processo de descriminalização do aborto deve priorizar a participação das mulheres nessa discussão e a eficácia normativa do permissivo legal buscado. É feita uma reflexão sobre como a descriminalização do aborto voluntário e regulamentação dos direitos sexuais e reprodutivos perpassa pela defesa de um Estado laico e da participação política de mulheres no Estado democrático de direito.

2. ANÁLISE DA TIPIFICAÇÃO DO ABORTO SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DO SIMBOLISMO PENAL

O objetivo deste trabalho é analisar as condições sobre as quais se dão as discussões acerca da descriminalização e a necessidade de legalização da prática abortiva no Brasil, iniciando por uma análise sobre a tipificação penal. Assim, o estudo da temática do aborto, de forma mais específica, será precedido por uma análise da criminalização de condutas sob a perspectiva criminológica, objetivando entender o crime e o sistema punitivo como um todo, que não se esgota na sua concepção jurídica, mas refere-se a uma relação social de poder.

Nessa primeira parte do estudo será analisada a tipificação do aborto, fazendo uma abordagem a partir da teoria crítica da criminologia, se propondo a desvelar o verdadeiro objetivo do sistema penal e o simbolismo que perpassa a criminalização da prática abortiva.

A intenção é demonstrar a ineficácia de uma legislação repressora para, então, defender a necessidade de descriminalizar a prática abortiva e, nos capítulos seguintes, fazer uma discussão sobre a necessidade de uma legislação reguladora do aborto enquanto direito reprodutivo.

2.1. A tipificação do aborto e seus efeitos

Antes de analisar mais detalhadamente os efeitos que a proibição do aborto gera na sociedade, é preciso compreender a qual crime se refere, qual é o tipo penal, qual é a conduta e quem são os sujeitos imputáveis.

O aborto é conduta tipificada penalmente na legislação brasileira, incluída no rol dos crimes contra a vida, constante no capítulo 1 do título 1 da parte especial do Código Penal brasileiro. Cuida-se de tal conduta em quatro dispositivos, artigos 125, 126, 127 e 128 do Decreto-Lei n° 2.848 de 1940.

O aborto criminoso é conduta típica, antijurídica e culpável. Sabe-se que o artigo 128 do Código Penal prevê as hipóteses de aborto típico e jurídico, ou seja, previstos em lei e não puníveis, são aquelas exceções permitidas pela lei, conhecidas como hipóteses de aborto legal. Porém, por ora, trataremos do aborto punível, aqueles previstos nos artigos 124 a 126

do Código Penal brasileiro.

Ao afirmar que o aborto é conduta típica, faz-se necessário entender o que é a tipificação de uma conduta. Primeiramente, devemos buscar um conceito para o tipo penal. “Tipos” são fórmulas legais que nos servem para individualizar as condutas que a lei penal proíbe. O tipo é predominantemente descritivo, pois os elementos descritivos são os mais importantes para individualizar uma conduta, dentre eles o verbo tem especial significado, pois gramaticalmente serve para conotar uma ação (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p. 400).

A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal. A tipicidade é, portanto, a adequação de uma conduta a um tipo penal. A conduta “praticar aborto” adéqua-se a três tipos penais, estando descrita em três artigos com cominação de penas diferentes. Há duas hipótese de aborto previstas no artigo 128, como citado anteriormente, são exceções em que o aborto pode ser realizado legalmente por médico sem configurar ato ilícito e, portanto, sem aplicação de sanção penal. Essas hipóteses não serão abordadas neste capítulo.

Passando aos tipos penais sancionadores, o primeiro tipo penal tem como sujeito a própria gestante (art. 124), culpável tanto por provocar aborto em si mesma, como por consentir que outrem lhe provoque, com pena de detenção de um a três anos. Os outros dois tipos penais seguintes têm como sujeito terceiro que provocar aborto sem o consentimento da gestante (art. 125) ou com o seu consentimento (art.126). No primeiro caso, sem consentimento, a pena é de reclusão de três a dez anos; no segundo caso, com consentimento, a pena é de reclusão de um a quatro anos. Está ainda previsto o aumento das penas nas situações de abortamento induzido por terceiros quando, deste ato, resultar lesão corporal de natureza grave ou morte da gestante (art.127).

Os sujeitos imputáveis, portanto, são a gestante que provocar aborto em si mesma e os terceiros que provocarem aborto, com ou sem consentimento da gestante. Os terceiros, geralmente, tratam-se de profissionais da saúde que também acabam sendo criminalizados. Assim, a mulher é o principal sujeito imputável desse tipo penal, seguida de profissionais da área de saúde.

Então, delimitado está o objeto foco da análise inicial desse estudo. Porém, é preciso traçar algumas premissas sobre o sistema penal e o poder punitivo como um todo, pois a análise que se pretende desenvolver não está livre de escolhas teóricas que partem de

crenças e práticas culturais do pesquisador.

É legítimo fazer uma história dos castigos com base nas ideias morais ou nas estruturas jurídicas, como afirma Foucault (1987), pretendendo fazê-la com base numa história dos corpos. Citando Rusche e Kirchheimer, Foucault afasta as ilusões sobre a penalidade como uma maneira de reprimir os delitos. Alertando para a necessidade de analisar antes os “sistemas punitivos concretos”, estudá-los como fenômenos sociais que não podem ser explicados unicamente pela armadura jurídica da sociedade nem por suas opções éticas fundamentais, mas sim recolocá-los em seu campo de funcionamento onde a sanção dos crimes não é o único elemento. Sua intenção é mostrar que as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos “negativos” que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir; mas que elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis, que elas têm por encargo sustentar e, nesse sentido, se os castigos legais são feitos para sancionar as infrações, pode-se dizer que a definição das infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções. (FOUCAULT, 1987, p. 28).

Dessa forma, ao entender os sistemas punitivos como fenômenos sociais com efeitos positivos, pode-se compreender que a definição de uma conduta como crime, ou seja, a escolha legislativa de um tipo penal, assim como a pena e a sua forma de execução, são elementos que fomentam e perpetuam os efeitos positivos de uma proibição. Tais efeitos são as reações sociais a tipificação de uma conduta, e essa proibição funciona como um estímulo comportamental na sociedade.

Em relação ao crime de aborto, vários efeitos positivos (comportamentais) se desenvolvem a partir da proibição do abortamento, quais sejam, dos mais preocupantes, a continuação dessa prática de forma clandestina, e, assim, o surgimento de clínicas de aborto clandestinas, dentro de uma esfera mercadológica que gera uma segregação entre quem tem condições de fazer o abortamento de forma segura e quem vai ficar a mercê de métodos caseiros, correr um risco maior de sofrer sequelas irreversíveis e até mesmo de chegar a óbito em um abortamento malsucedido.

Pode-se afirmar que a morte de várias mulheres em razão de um abortamento realizado de forma inadequada é também um efeito da proibição legal, pois essa afasta o acesso a meios seguros de realizar o aborto.

2.2. Criminologia crítica, abolicionismo e o objetivo do sistema penal

Ancorada no pensamento de Lola Aniyar Castro, Soraia da Rosa Mendes (2012) alerta para a inexistência de uma única Criminologia, mas de muitas criminologias. Dessa forma, diversos também são os conteúdos que conceitos como crime, criminoso, vítima, sistema criminal, ou controle, podem assumir (MENDES, 2012, p. 20). A autora se propõe, então, a analisar a situação da mulher neste campo de saber em diferentes momentos de construção do pensamento criminológico.

Não se pretende, neste estudo, traçar o histórico de desenvolvimento das diferentes teorias criminológicas, restando afirmar que a análise apresentada é feita a partir do recorte teórico da criminologia crítica.

É consenso entre os criminólogos que a teoria crítica tem sua origem nos estudos de Rusche e Kirchheimer, no livro *Punição e estrutura social*. Herdeiros da “Escola de Frankfurt” e sob forte influência marxista, suas ideias relacionam as manifestações superestruturais como decorrência lógica da forma de produção. Demonstram como foram abolidas as formas punitivas que envolviam o sacrifício do corpo dos criminosos, passando-se à disciplina da mão de obra com interesses econômicos (SHECAIRA, 2013, p. 279).

Assim, o paradigma que diferencia a criminologia crítica das outras teorias criminológicas é a busca do problema do crime no campo político e econômico, pois estes não estão desentrelaçados. A lei é um ato político, portanto a tipificação de uma conduta como crime também o é. Como a política serve a um sistema econômico de produção, o sistema punitivo existe também para a manutenção do controle social nesse mesmo sistema.

Alessandro Baratta (2002), ao falar de criminologia crítica, alerta para a não homogeneidade do pensamento criminológico contemporâneo. A construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, apesar de levar em conta as hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo, requer um vasto trabalho de observação empírica, na qual já se podem dizer adquiridos dados assaz importantes, muitos dos quais foram colhidos e elaborados em contextos teóricos diversos do marxismo (BARATTA, 2002, p. 159).

A teoria crítica teve seu terreno preparado pelas teorias mais avançadas da sociologia criminal liberal. Para Baratta (2002), há dois deslocamentos que marcam a concepção dessa nova teoria, o primeiro é o deslocamento do enfoque teórico para as condições objetivas e funcionais na origem dos fenômenos dos desvios. Em segundo, o

deslocamento do interesse cognoscitivo das causas do desvio para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização.

A superação do paradigma etiológico dá-se com a oposição ao enfoque biopsicológico o enfoque macrosociológico, revelando a relação funcional ou disfuncional do desvio com as estruturas sociais (BARATTA, 2002, p. 161). Nas palavras do autor (2002, p.161):

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é - segundo uma interessante perspectiva já indicada nas páginas anteriores - um "bem negativo", distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

A principal contribuição da criminologia crítica, o seu "legado", é a exposição das verdadeiras funções do direito penal em contraposição às funções divulgadas pelo discurso punitivo oficial.

Reformulando a explicação de Figueiredo Dias e Costa Andrade, Shecaira (2015) propaga, em outras palavras, que essa teoria é a crítica final de todas as outras correntes criminológicas por recusar assumir um papel tecnocrático de gerenciador do sistema, pois considera o problema criminal insolúvel dentro dos marcos de uma sociedade capitalista. Essa teoria propõe uma ampla reflexão do próprio conceito de crime, pois aceitar a definição legal de crime é aceitar a ficção da neutralidade do direito (SHECAIRA, 2015, p. 284). A redefinição de crime depende de uma ampla reflexão crítica sobre a realidade, de modo a enfrentar a questão de um sistema legal baseado no poder e privilégio (SHECAIRA, 2015, p. 285).

Pode-se dizer que a criminologia crítica também coloca em questão a própria criminologia, como teoria etiológica superficial, que pressupõe a legitimidade do direito penal e das relações de poder que ocorrem dentro do Estado de Direito, sem questionar essa legitimidade. Por isso, destaca-se, a partir do rompimento do paradigma etiológico, das teorias consensuais até então desenvolvidas.

O paradigma etiológico tem como pano de fundo um modelo consensual de sociedade no qual o direito penal não é problematizado. De modo contrário, é tomado como

um sistema legítimo, decorrente do interesse geral, que somente os indivíduos anormais violam (MENDES, 2012, p. 44).

A criminologia tradicional não questionava a própria ideia de criminalização de condutas, e a partir de que critérios ela ocorre. A aceitação da tradicional tarefa de gerenciamento da criminalidade é absolutamente incompatível com as metas da criminologia radical (SHECAIRA, 2015, p. 284). Dessa forma, a teoria crítica é também uma crítica à Criminologia tradicional.

A crítica dá-se porque tanto na modernidade, como na contemporaneidade, o direito penal mantém sua histórica função de gestão de excedentes. Salo de Carvalho (2015) explica a redução do Estado provedor, a partir da predominância da razão mercadológica em detrimento das garantias sociais. Citando os pensadores do neoliberalismo, sobretudo os clássicos Hayek e Friedman, o autor explicita que a crítica ao modelo político-econômico social do Estado liberal, ao defender ser irreal arcar com os compromissos do Estado providência, fomentou o discurso para a redução do Estado de bem estar social, baseando-se fundamentalmente nos problemas de financiamento (custos) dos direitos. A crise existente nesse modelo de produção capitalista é pressuposto determinante para o discurso neoliberal. A saída para a proclamada crise seria, para esses pensadores, a minimização do Estado com a flexibilização dos direitos sociais e a privatização das empresas públicas prestadoras de serviços, ações direcionadas à redução do déficit fiscal (CARVALHO, 2015, p. 162).

Baseado nos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, Carvalho relata que a ausência de limites ao poder empresarial, determinada pela desregulamentação e absoluta liberdade de mercado que sustenta o desmantelamento do Estado Social e seus sistemas de limites, garantias e controle, substituiu a *grundnorm* (teoria pura) jurídica pela econômica. O autor afirma ainda que o efeito desse processo é a descartabilidade do valor pessoa humana. Nesse quadro político, compreende-se a formação de condições de irrupção de políticas criminais igualmente sustentadas na exclusão, para determinadas pessoas, do status de cidadão (CARVALHO, 2015, p. 163).

Assim, em contraposição ao Estado providência impõe-se o Estado penitência. Usando uma passagem de Bauman, Carvalho (2015, p. 163) explica:

A alternativa ao Estado-providência, portanto, passa a ser a edificação do Estado penitência, configurando máxima que parece ser a palavra de ordem na atualidade: Estado social mínimo, Estado penal máximo. Tudo porque algum lugar deve ser reservado aos inconvenientes – “nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há

trabalho ‘ao qual se reintegrar’”. Constrói-se, pois, saída plausível para aqueles que foram destituídos ou que nunca chegaram a ter cidadania: a marginalização social potencializada pelo incremento da máquina de controle penal, sobretudo carcerária.

A partir da base teórica materialista, a teoria crítica, passando a observar a realidade empírica, na busca das condições objetivas e funcionais da origem do desvio, desmente o discurso correcional do direito penal e considera o sistema penal ilegítimo e ineficaz para resolver os desvios e os conflitos sociais.

Eugênio Zaffaroni defende que o discurso jurídico-penal é inegavelmente falso, pois seus efeitos são contrários aos falsos objetivos colocados no discurso jurídico-penal. Afirma, também, que o sistema penal está deslegitimado, sendo o direito penal mínimo uma etapa de transição ao abolicionismo. Nos termos do autor (2001, p. 106):

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de forma inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento de “unfinished” de Mathiesen e não como um objeto “fechado” ou “aberto”.

O sistema penal parece estar deslegitimado tanto em termos empíricos quanto preceptivos, uma vez que não vemos obstáculo à concepção de uma estrutura social na qual seja desnecessário o sistema punitivo abstrato e formal, tal como o demonstra a experiência histórica e antropológica.

O autor entende o direito penal mínimo como momento de transição para o abolicionismo penal, usando o referencial do teórico abolicionista de Thomas Mathiesen. A desnecessidade de um sistema punitivo abstrato e formal surge após a compreensão de que a lógica excludente e segregadora do direito penal torna-o incapaz de solucionar os problemas e conflitos sociais, de forma que a solução de conflitos por instâncias e mecanismos informais se sobreponha, mostrando-se mais efetiva em uma estrutura social.

O sistema punitivo abstrato e formal mantém de forma eficiente o seu objetivo oculto de segregar e excluir os segmentos despossuídos da sociedade. Mais relevante do que a prática da conduta criminosa, é quem a praticou e contra quem se praticou, pois isso sempre determinou o grau de zelo e de eficiência na aplicação da pena, pois é sobre os historicamente pobre e excluídos que sempre foi aplicado o rigor da lei penal e o rigor das ações do sistema penal (EMMERICK, 2007, p. 41). Dentro dessa concepção, o sistema penal e o seu falso discurso jurídico-penal precisam ser abolidos.

Portanto, a corrente mais radical da criminologia crítica é o abolicionismo, pois faz uma crítica fatal ao sistema punitivo. O direito penal é considerado uma instância seletiva e elitista que só tem servido para legitimar e reproduzir as desigualdades e injustiças sociais (SHECAIRA, 2015, p. 299). O delito é uma realidade construída, pois os fatos que são

considerados crimes resultam de uma decisão humana modificável.

A tipificação de uma conduta como crime não é algo natural, imutável e absoluto, mas é, antes de tudo, uma questão de política criminal. Um determinado comportamento social passa ou deixa de ser crime de acordo com os interesses dominantes em diferentes momentos históricos. Isso porque conceitos como ordem, desordem, crime e castigo são dinâmicos, construídos em diferentes momentos, de acordo com os interesses políticos e econômicos da classe dominante que, regra geral, tipificam como crime os atos mais comumente praticados pelos seguimentos desprivilegiados da sociedade (DORNELLES, 1998, p. 14).

Entendendo o sistema punitivo como instrumento formal de controle social e manutenção do *status quo*, sua existência não serve verdadeiramente para reprimir a conduta criminalizada, no sentido de diminuir a sua incidência no âmbito social, mas sim, para manter o controle da sociedade e as estruturas de dominação e poder.

A partir da década de 70, o abolicionismo passa a se apresentar como um movimento acadêmico organizado, porém, nele encontram-se diferentes matrizes ideológicas que não serão aprofundadas neste estudo.

Certo é que os críticos em geral demonstram a seletividade e a ineficácia do sistema penal. O delito e seu controle se apresentam de uma forma que ultrapassa os limites de compreensão da criminologia tradicional, fundada em razões preponderantemente biológicas. Para a criminologia crítica o sistema penal nasce com uma contradição. De um lado, afirma a igualdade formal entre os sujeitos de direito. Mas, de outro, convive com a desigualdade substancial entre os indivíduos, que determina a maior ou menor chance de alguém ser com a etiqueta de criminoso (MENDES, 2012, p. 68).

Na questão do aborto, além do etiquetamento social de criminoso, que afeta predominantemente as mulheres, por serem os sujeitos principais na imputabilidade desse crime, a desigualdade substancial entre os indivíduos seleciona aquelas que podem sobreviver na prática de um abortamento clandestino, daquelas que, independente da sua vontade, terão suas vidas arriscadas por não terem seus direitos sexuais e reprodutivos plenamente garantidos.

O processo de criminalização ocorre em duas etapas: a criminalização primária, feita pela lei, pela tipificação da conduta; e a criminalização secundária, feita pelas agências do sistema punitivo sob a pessoa individualizada, àqueles a quem se imputa o crime.

A etapa da criminalização primária é momento e o resultado do ato de sancionar uma lei penal que incrimina ou sanciona certas condutas. Nessa autuam as agências políticas (parlamento, executivo) responsáveis pela formulação do que deve ser apenado. Já a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõe tenham praticado certo ato criminalizado primariamente e as submetem ao processo de criminalização, tais como a investigação, a prisão, a condenação. Nessa etapa atuam agências diferentes das que formularam o programa: policiais, membros do ministério público, magistrados/as, agentes penitenciários (MENDES, 2012, p. 64).

Assim, o etiquetamento que ocorre na criminalização secundária não é o principal problema em relação ao crime de aborto, pois muitas das vezes a criminalização primária é suficientemente excludente e repressora, uma vez que o próprio abortamento clandestino é um risco iminente para quem o realiza.

A legislação penal, então, é apenas instrumento do poder punitivo para exercer a dominação e o controle social, principalmente das massas empobrecidas. Ao explicar a prisão como o fracasso da justiça penal, Foucault (1987, p. 221) afirma *“As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta.”*

Precedendo os abolicionistas, Foucault (1987) anunciava que admitindo que a lei se destine a definir infrações, que o aparelho penal tenha como função reduzi-las e que a prisão seja o instrumento dessa repressão, teria que se passar um atestado de fracasso. Analisando esse fracasso, o autor (1987, p. 226) revela o caráter gestor do sistema punitivo:

(...) A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O “fracasso” da prisão pode sem dúvida ser compreendido a partir daí.

De acordo com as visões apresentadas, não é a legislação repressora e punitiva que irá prevenir ou coibir determinadas condutas na sociedade. O verdadeiro objetivo da legislação penal não é reduzir a repetição da conduta tipificada, conforme explicitaram os autores mencionados. Improvável seria, pois a imputação penal, quando ocorre, é posterior a realização do ato desviante. Não atuando na causa do ato proibido penalmente, a

criminalização pode gerar, inclusive, efeitos comissivos, no sentido de uma reação social que aumenta a repetição da conduta tipificada.

No caso do aborto, apesar de várias pesquisas tentarem dimensionar a quantidade de abortos realizados no Brasil por ano, e até mesmo traçar um perfil social da mulher que aborta, as cifras negras, números desconhecidos em razão da criminalização, fazem com que a obtenção de dados seja sempre questionada. Por mais que sejam seguros os métodos de pesquisa, não se consegue ter uma precisão sobre os números e a incidência da prática do aborto é dada de forma aproximada. Por outro lado, é possível constatar a busca do serviço público em razão de complicações pós-aborto e a morte de mulheres por não terem acesso a serviços de saúde integrais que garantam e promovam os direitos sexuais e reprodutivos, por causa da política repressora em vigência.

2.3. A restrição do aborto e o simbolismo penal

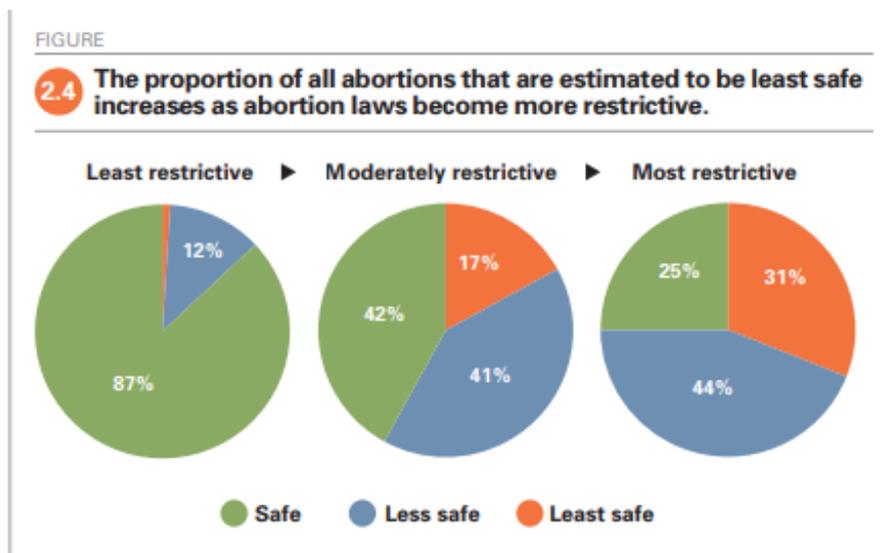
Apesar de não haver comprovação de que a tipificação do aborto contribua para a diminuição dessa prática na sociedade, muitos países como o Brasil continuam persistindo com uma legislação repressora sobre essa prática. Em verdade, os dados coletados em alguns estudos podem levar a uma conclusão em sentido contrário, onde há uma legislação menos restritiva em relação ao aborto e onde o aborto é legalizado ocorre uma diminuição no número de abortamentos registrados, pois há também políticas públicas de acesso aos direitos sexuais e reprodutivos.

Em relatório publicado recentemente sobre o estudo feito pelo Instituto Guttmacher em parceria com Organização Mundial da Saúde², a taxa de aborto é de 37 por 1.000 mulheres em países que proíbem totalmente o aborto ou que permitem apenas para salvar a vida da mulher, e de 34 por 1.000 mulheres em países que permitem o aborto sem restrições em relação ao motivo que leva a prática do abortamento. O relatório não considera significativa a diferença entre essas taxas, deixando em destaque que a repressão legal não influencia na redução do número de abortos praticados.

Por outro lado, a restrição legal aparece fortemente relacionada à segurança na prática do aborto. O aborto seguro (safe) é aquele praticado com o método mais adequado e

²Disponível em: <https://www.guttmacher.org/report/abortion-worldwide-2017> (Acesso em: 05 de abril de 2018)

por profissionais qualificados, os menos seguros (less safe) são aqueles que cumprem apenas com um desses critérios, e os inseguros (least safe) com nenhum deles. A proporção de todos os abortos que são estimados inseguros aumenta à medida que as leis se tornam mais restritivas, de acordo com a tabela:



Nas conclusões e recomendações do estudo citado, observa-se que o acesso ao aborto seguro está aumentando, assim como o uso de contraceptivos, porém, o aborto inseguro continua prevalecendo em muitos países e restrições ao aborto estão aumentando. A segurança no procedimento abortivo está fortemente relacionada a legalidade do aborto e a renda do país.

A pesquisa indica ainda o avanço de estratégias multidisciplinares para o aumento das hipóteses de aborto legal, assim como o acesso aos serviços de saúde que garantam a prevenção de gravidez indesejada e um abortamento seguro.

Ainda que as pesquisas não possam trazer dados precisos, principalmente onde a prática do aborto é criminalizada, é possível verificar que onde há leis menos restritivas e regulamentação dos direitos sexuais e reprodutivos, a implementação de políticas públicas permitem um maior controle dessa prática, o que possibilita uma desestimulação que reduz o número de abortos, além de uma drástica redução ou mesmo o fim das mortes maternas decorrentes de abortos malsucedidos.

Em Portugal, após referendo realizado em 2007, despenalizou-se a interrupção voluntária da gravidez realizada por opção da mulher nas primeiras dez semanas de gestação.

Segundo dados da Direção Geral de Saúde de Portugal³, o número de interrupção de gravidez entre 2008 e 2015 diminuiu em 10% por todos os motivos legalmente despenalizados, e em 10,2% por opção da mulher, demonstrando que, embora não hajam dados precisos anteriores a legalização, de fato, a despenalização ajudou a reduzir o número de abortamentos registrados.

O dado mais importante desses estudos é a redução exponencial do número de mortes maternas em decorrência da prática abortiva. Portugal conseguiu zerar o número de mortes relacionadas ao procedimento desde 2012.

A proibição, além de dificultar a colheita de dados, não diminui o número de abortos, mas joga as mulheres na clandestinidade, de forma que não há controle sobre essa prática. Assim, não há limites impostos ao procedimento abortivo, nem em relação aos métodos mais adequados, ao tempo máximo de gestação, nem a comercialização clandestina da curetagem. A restrição contribui para a ausência de políticas públicas que garantam o atendimento adequado pós abortamento e de prevenção, tratando a questão pela lógica repressiva, quando em verdade deveria tratar-se de uma questão de saúde pública.

Dessa forma, conclui-se que se a penalização da prática abortiva não interfere no sentido de coibir essa conduta, sendo constatável que é possível reduzir o número de abortamento através de uma legislação menos restritiva, com a regulação dessa prática de modo que se amplie o acesso a métodos contraceptivos e que as mulheres possam também acessar meios seguros de interromper a gravidez, preservando, assim, a saúde e a vida de mais mulheres.

Questionável é, portanto, o sentido da tipificação dessa conduta uma vez que a legislação repressora não consegue tutelar o bem jurídico que teoricamente visa proteger, no caso, a vida. Nem a vida em potencial de embriões e fetos é assegurada, muito menos a vida das mulheres que praticam o aborto, em sua maioria, de forma clandestina e insegura.

Para entender a continuidade dessa proibição no ordenamento jurídico brasileiro é preciso retornar às premissas elaboradas até aqui. Primeiramente, a compreensão de que o crime, assim com todo o sistema punitivo, refere-se a uma relação social de poder.

Ao falar das funções seletivas e classistas da justiça penal, Baratta (2002) afirma

³Disponível em: <http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/estao-disponiveis-os-seguintes-relatorios.aspx> e em http://www.apf.pt/sites/default/files/media/2017/a_situacao_do_aborto_em_portugal_-_formato_pdf.pdf (Acessados em: 08 de abril de 2018)

que no que se refere a criminalização primária, ao direito penal em abstrato, essas funções tem a ver com os conteúdos e com os “não conteúdos” da lei penal. O universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualiza é refletido no sistema de valores que se exprime desses conteúdos (BARATTA, 2002, p 176).

Então, a legislação penal é revestida de conteúdos morais e valorativos da sociedade, necessários para o cumprimento da sua verdadeira função, qual seja: o exercício do controle social. Também é preciso ressaltar que essa sociedade trata-se de uma sociedade caracterizada por ser capitalista, patriarcal, racista, de religião predominantemente cristã, elitista, dentre outros elementos que podem ser observados.

Na grande maioria das vezes, no que se refere ao feminino, o controle social dá-se através do seu corpo, sexualidade e reprodução. A questão do aborto e sua criminalização, suas implicações no que diz respeito aos direitos humanos e ao Estado democrático de direito, se insere nessa conjuntura (EMMERICK, 2007, p. 52).

Dessa forma, faz-se necessário entender a criminalização das mulheres de forma específica. A imputação penal sobre estas não se dá da mesma maneira que ocorre sobre os homens.

De acordo com os ensinamentos de Marcelo Neves (1994, p. 31), o que distingue a legislação simbólica é a prevalência do seu significado político ideológico latente em detrimento do seu sentido normativo aparente.

Buscando um conceito para a legislação simbólica, Neves (1994, p. 32) considera a atividade legiferante um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico. A legislação simbólica pode, então, ser definida como a produção de textos que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. Para Neves:

(...) o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deontico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica.

Ressalta-se ainda, que a legislação simbólica não deve ser contraposta a legislação instrumental, pois nada impede que haja legislação intencionalmente orientada para funcionar simbolicamente. Porém, de acordo com o autor, adequada seria a contraposição dos efeitos latentes da legislação simbólica aos efeitos manifestos da legislação instrumental.

De acordo com o modelo tricotômico de Kindermann para a tipologia da legislação simbólica, usado por Neves (1994, p. 34), o conteúdo da legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

A criminalização do aborto, em virtude do tratamento repressivo dado a temática, parece se adequar ao conteúdo de uma legislação penal simbólica que visa confirmar valores sociais, uma vez que privilegia-se uma posição do legislador a respeito de um conflito social em torno de valores enquanto a eficácia normativa é secundária, pois como demonstrado não tem capacidade de influenciar na redução dessa prática.

Para exemplificar a legislação simbólica para confirmar valores sociais, Neves (1994, p. 35) utiliza o exemplo da discussão sobre o aborto na Alemanha, sobre a qual Blankenburg enfatiza que a violação do § 218 do Código Penal Alemão são muito frequentes e que punições ocorrem apenas em casos excepcionais, concluindo com base em decisões do Tribunal Constitucional Federal, que no conflito sobre a legalização do aborto trata-se da *afirmação simbólica de pretensões normativas*, não da imposição efetiva dessas.

Analisando o simbolismo penal sobre as mulheres, Bergalli e Bordelón (1992, p. 58) assinalam que “o direito penal do século XIX reflete um mundo onde as mulheres são consideradas seres inferiores aos homens; que sua transgressão não se interpreta meramente como a transgressão de um indivíduo, mas sim como o comportamento que está transgredindo as expectativas ou papéis sociais atribuídos a seu gênero”.¹

Assim, a carga simbólica da transgressão penal feminina recai não somente pelo aspecto do desvio comum, mas também sob a perspectiva de um desvio do seu papel social enquanto mulher. No caso do crime de aborto, refere-se ao papel de mãe, a imposição da maternidade encontra-se por trás dessa repressão penal.

Ainda explicando a forma como a violação da norma pela mulher é também uma subversão do local historicamente imposto sobre os corpos femininos, Bergalli e Bordelón (1992, p. 58) explicam:

“(…) A transgressão não é somente a violação da norma jurídico-penal, mas a violação do papel atribuído. Dito de outra forma, o ponto de atenção é a ruptura com os padrões de comportamento referentes àqueles aspectos estruturantes do gênero. A comportamento sexual e o comportamento do trabalho (doméstico principalmente) são os elementos básicos na manutenção de um papel feminino; a manutenção de tal papel foi em diversos aspectos criminalizada e, por sua vez, qualquer comportamento desviante foi relevante na medida em que colocava em questão tal imagem do gênero. Portanto, a função da pena era, por um lado, reconduzir a mulher a um modelo de conduta baseado na castidade e na fidelidade sexual e, por outro,

fazer a condenada aprender o trabalho doméstico, considerado fundamental para absorver o papel feminino, mas também extremamente importante economicamente, uma vez que dele depende o trabalho assalariado de outros membros da família depende disso”.⁴

Com isso, podemos observar o caráter misógino da criminalização do aborto, entendendo que tal transgressão penal não fere apenas uma norma penal, como também rompe com a expectativa do papel materno atribuído ao gênero feminino. Essa transgressão ao papel materno de gênero mostra-se o principal motivo para a restrição penal da prática abortiva.

⁴ Texto original: “(...) La transgresión no es sólo violación de la norma jurídico-penal, sino violación del rol asignado. Dicho de otra forma, el punto de atención es la ruptura con las pautas de comportamiento referidas a aquellos aspectos estructuradores del género. La conducta sexual y la conducta del trabajo (doméstico fundamentalmente) son los elementos básicos en el mantenimiento de un rol femenino; la transgresión de tal rol fue en diversos aspectos criminalizada y a su vez cualquier comportamiento desviado era relevante en cuanto que ponía en cuestión tal imagen del género. Por lo tanto, la función de la pena fue, por un lado, reconducir la mujer a un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad sexual y, por otro, hacer aprender la condenada el trabajo doméstico, considerado fundamental para absorber el rol femenino, pero además importantísimo económicamente, por cuanto que de él depende el trabajo asalariado de otros miembros de la familia.”

3. DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS, O ABORTO LEGAL NO BRASIL E A MITIGAÇÃO DE DIREITOS PELO JUDICIÁRIO

Depois de traçada a análise inicial do trabalho, referente à descriminalização do aborto sob a perspectiva da criminologia crítica e ao simbolismo dessa proibição, passa-se a investigação sobre os direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais. Observam-se as hipóteses de aborto legal no Brasil e, procurando traçar quais os caminhos apontam para a descriminalização, abordam-se as posições do Poder Judiciário na temática, partindo do marcante julgamento da ADPF 54/DF.

Para tanto, inicialmente faz-se necessária uma busca sobre o conceito de direitos sexuais e reprodutivos, entendendo as circunstâncias sob as quais esses conceitos foram desenvolvidos, bem como as diferenciações relevantes entre eles. Traça-se uma interpretação dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais que devem ser garantidos a partir da proteção constitucional dada às garantias fundamentais.

3.1. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos como direitos fundamentais

A busca pelos conceitos de direitos sexuais e direitos reprodutivos deve perpassar pela compreensão sobre a relação entre direito e poder, para entender esses direitos não apenas como prescrições sobre sexualidade e reprodução, mas pensá-los como campos éticos.

Maria Betânia Àvila (2003), citando os ensinamentos de Marilena Chauí (1998), coloca a questão da autonomia como um elemento central da liberdade que constitui o agente ético. Baseando-se no que Chauí diz ser o núcleo do pensamento espinosiano, ter direitos é ter poder. Portanto um direito não é concedido, mas algo que é conquistado e conservado, porque ele é um poder (ÀVILA, 2003, p. 467).

Segundo Scavone (2008), o feminismo contemporâneo brasileiro, elaborado entre 1970 e 1985, teve influência das lutas feministas relacionadas à sexualidade, à contracepção e ao aborto, difundidas internacionalmente a partir dos países centrais sob a máxima “nosso corpo nos pertence”, expressão baseada nas ideias de autonomia e liberdade do liberalismo.

O princípio democrático liberal do direito aplicado ao corpo é um dos fundamentos para tratar o aborto como questão de direito individual. A apropriação do corpo

também significa para as mulheres a possibilidade da livre escolha da maternidade. No caso brasileiro, essa influência será ressignificada na adoção do conceito de direitos reprodutivos, a partir de meados dos anos 1980 (SCAVONE, 2008, p. 678).

Dessa forma, o processo de construção dos direitos reprodutivos e direitos sexuais se integra ao processo mais amplo do movimento dialético de construção da democracia (ÀVILA, 2003, p. 467). Esses direitos estão reconhecidos como valores democráticos e estão na agenda política dos contextos nacionais e internacionais.

Scavone (2008, p. 678) traça observações sobre quando o movimento feminista brasileiro absorveu a noção de direitos reprodutivos:

A noção de direitos reprodutivos propagou-se no feminismo brasileiro a partir da sessão do Tribunal Internacional de Saúde e Direitos Reprodutivos, no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, em Amsterdã, em 1984. Ela foi acatada pelo grupo de brasileiras ali presentes e, em seguida, “incorporada à linguagem feminista” uma década antes de ter sido “consagrada nas conferências do Cairo e de Beijing”. A utilização desse conceito no contexto da redemocratização do País teve um êxito considerável por se tratar de um novo modo de abordar os problemas de saúde das mulheres, até então, considerados como “circunscritos à natureza, ao pecado, à vontade divina ou ao poder dos médicos” e dos legisladores. Considerar esse direito na perspectiva da expansão dos direitos humanos – como é tido pela corrente feminista brasileira dos direitos – é aceitar sua ascendência nos direitos individuais que nos remete à apropriação do próprio corpo.

A autora cita o I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, uma década antes de duas grandes conferências realizadas pela ONU durante a década de 90. Nessas grandes conferências as reivindicações dos movimentos de mulheres, colocadas já desde os anos 60, tiveram o alcance institucional necessário para expandir suas ideias aos campos de intervenção na área da saúde reprodutiva (SIQUEIRA, 2000, p.160).

A primeira delas, a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo em 1994, representou uma mudança significativa nas discussões sobre questões populacionais de controle de natalidade e políticas públicas, colocando homens e mulheres como sujeitos de direitos na área da reprodução e da sexualidade.

Um novo paradigma foi estabelecido na Conferência de Cairo, o qual deslocou as temáticas de população da esfera exclusivamente demográfica para a esfera dos direitos humanos, estabelecendo saúde e direitos reprodutivos como valores em si, isto é, variáveis estratégicas e tópicos centrais do desenvolvimento da cidadania e direitos humanos (CAETANO, 2004, p. 12).

O outro encontro importante foi a IV Conferência Mundial da Mulher, que ocorreu em Pequim, em 1995. Os documentos resultados dessa conferência, juntamente com o

Plano de Ação da CIPD, realizado no Cairo, introduziram o conceito de Direitos Reprodutivos na sua concepção atual, estabelecendo novos modelos de intervenção na saúde reprodutiva e de ação jurídica comprometidos com os princípios dos direitos humanos (VENTURA, 2009, p. 36).

Apesar da dificuldade de implementação de políticas públicas necessárias para a efetivação desses direitos, Mirian Ventura observa a importância desses documentos para a conceituação atual desses direitos (2009, p. 37):

A importância dos documentos resultantes das Conferências Internacionais realizadas no Cairo e em Pequim, para a agenda dos direitos humanos, foi o reconhecimento da sexualidade e da reprodução como bens jurídicos merecedores de proteção e promoção específicas, em prol da dignidade e do livre desenvolvimento humano. Os documentos do Cairo e de Pequim, ao reafirmarem o dever dos Estados na promoção, inclusive, da saúde sexual, independentemente da saúde reprodutiva, como integrante não só do direito à saúde, mas de outros direitos individuais e sociais fundamentais para o exercício da sexualidade e reprodução, vêm favorecendo à ampliação gradativa do conteúdo desses direitos, inclusive, dos direitos sexuais.

Elencados esses primeiros marcos sobre os quais se desenvolveram esses conceitos, pode-se passar a algumas diferenciações de conteúdo entre direitos reprodutivos e direitos sexuais.

Os movimentos feministas lançaram os questionamentos e ideias que vão historicamente produzir o conceito de direitos reprodutivos e servir de base para a construção de direitos sexuais. No primeiro caso há uma autoria original do feminismo, e no segundo uma autoria compartilhada entre vários movimentos sociais, sendo os mais relevantes o movimento gay, o movimento lésbico e o movimento feminista (ÀVILA, 2003, p. 466). Ressalta-se que há uma disputa de significado em torno desses conceitos que englobam outros atores e sujeitos muito além daqueles ligados a sua construção original.

É de grande importância tratar esses direitos em um sentido libertário e igualitário, não apenas em um sentido prescritivo de constituição de um modelo e regras para o exercício da sexualidade e da vida reprodutiva. Importante também tratá-los como dois campos separados, no sentido de assegurar a autonomia dessas duas esferas da vida, o que permite relacioná-los entre si e com várias outras dimensões da vida social (ÀVILA, 2003, p.466).

Diferenciar os direitos sexuais dos direitos reprodutivos é necessário para romper com uma moral conservadora que reduz a sexualidade da mulher à reprodução. Assim, os direitos sexuais podem ser compreendidos como igualdade e liberdade no exercício da sexualidade, de forma que o controle do corpo e da sexualidade das mulheres não seja um

elemento da dominação patriarcal, e sim expressão livre de sua autonomia.

Petchesky e Corrêa (1996) analisam as bases éticas dos direitos sexuais e reprodutivos, propondo quatro princípios que seriam seus componentes inegociáveis: integridade corporal, autonomia pessoal, igualdade e diversidade. As autoras alertam que cada um destes princípios pode ser violado através de atos de invasão ou abuso, ou através de omissões, negligência ou discriminação por parte de autoridades públicas, nacionais ou internacionais (PETCHESKY, CORRÊA, 1996, p 160).

Afirmam que os significados de direitos sexuais e reprodutivos se expandiram. Passaram a englobar tanto um espectro de necessidades mais amplas que a regulação da fecundidade, quanto uma melhor compreensão das condições estruturais que restringem as escolhas sexuais e reprodutivas, ou seja, passam a englobar necessidades sociais que impedem uma real escolha sexual e reprodutiva para a maioria das mulheres do mundo, que são pobres (PETCHESKY, CORRÊA, 1996, p 153).

O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos é fundamental e estratégico para o desenvolvimento de políticas públicas. Ventura (2009, p. 36) assevera que:

Com esse reconhecimento, diferenças de gênero, geração, classe, cultura e outras passam a ser consideradas, ao mesmo tempo em que são reconhecidas necessidades sociais específicas. A partir daí, são gerados instrumentos políticos e normativos com o objetivo de intervir no grave quadro de desigualdades e de iniquidades, e permitir o exercício efetivo e igualitário dos direitos reconhecidos.

De acordo com Flávia Piovesan (2003), o livre exercício da sexualidade e reprodução humanas, profundamente relacionado aos direitos reprodutivos, compreende ao “acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade, quanto para a procriação sem riscos para a saúde”.

Dos direitos reprodutivos, ressalta-se novamente, derivam-se os direitos sexuais. Ambos, ao serem reconhecidos como direitos humanos, podem adentrar o ordenamento brasileiro por meio de tratados internacionais e da Constituição Federal, com o princípio da dignidade da pessoa humana. Sua aplicabilidade pode dar-se de forma mediada, pela edição de leis, ou diretamente, pela interpretação normativa a partir da proteção constitucional dada aos direitos fundamentais.

Essa proteção constitucional capaz de garantir os direitos sexuais e reprodutivos trata-se da fundamentalidade formal de tais direitos. Ao definir o conteúdo dos direitos fundamentais Dimoulis e Martins (2014) conceituam direitos fundamentais como “direitos

público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. A fundamentalidade formal ou a supremacia constitucional define a posição do direito fundamental no ordenamento jurídico. A posição no ordenamento jurídico, a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual) e os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs. Estado), de acordo com os autores, são elementos básicos dos direitos fundamentais.

Um direito fundamental é traduzido em um direito que tem força jurídica constitucional. Essa força jurídica é a fundamentalidade formal que pode se dar por uma *condição necessária*, quando um direito fundamental for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional; ou pode se dar por uma *condição suficiente*, quando todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, mesmo quando seu alcance e/ou relevância social forem relativamente limitados (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41).

Ao fazer observações necessárias ao conceito adotado, Dimoulis e Martins (2014) alertam que os direitos fundamentais, em razão da fundamentalidade formal, não se restringem às cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CRFB). Nessas observações também problematizam o próprio conceito que adotam, pois há direitos fundamentais de cunho autenticamente coletivo, bem como não estão contemplados em sua definição os direitos das gerações futuras, dos animais e da natureza.

A observação mais interessante que é feita ao conceito adotado é a problematização da historicidade, na qual os autores se opõem ao mito da pré-estatalidade cronológica e axiológica dos direitos fundamentais, que consiste na ideia de que por serem naturais, inalienáveis e mesmo sagrados, os direitos fundamentais precedem o seu reconhecimento pelo Estado, sendo a sua proclamação um mero reconhecimento daquilo que já existia. Para eles (2014):

Tal afirmação carece de fundamento. A “natureza do homem” só se encontra nos dados de sua constituição biológica. **Nenhum direito ou obrigação, nenhuma regra de conduta social pode ser deduzida da natureza humana. Isso é de fácil comprovação histórica já que “o homem” viveu sob os mais variados regimes sociais e isso não seria possível se a sua natureza fosse sempre a mesma ou se tal suposta natureza fosse determinante para a outorga de direitos, que nada mais seria do que o seu reconhecimento pelo poder político.** Não se pode imaginar uma sociedade na qual os homens não durmam ou não se alimentem, pois isso faz parte de sua verdadeira natureza. De outro lado, há muitas sociedades que privavam vastos grupos de seres humanos de liberdade, instituindo a desigualdade política a despeito

de suposta igualdade ou mesmo em razão do reconhecimento de suposta desigualdade natural. Isso indica que a teoria dos direitos naturais pode também redundar no totalitarismo racial, tal qual ocorrido entre 1933 e 1945 sob o regime do terceiro Reich alemão. (destacamos)

Um direito só existe juridicamente. Sem sua positivação, tem-se simplesmente uma reivindicação política. A referência a direitos “naturais” objetiva legitimar o ordenamento jurídico, “naturalizando” seus elementos, como se os direitos fundamentais reconhecidos atualmente na sociedade capitalista fossem impostos pela natureza humana, a sociedade capitalista é legitimada por estar em conformidade aos mandamentos dessa “natureza humana” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 45). Assim como o capitalismo, os direitos deduzidos da “natureza humana” como a liberdade, a igualdade, a autonomia e a privacidade são construções sociais consolidadas a partir de valores consensuais.

Citando Simone de Beauvoir, Letícia Regina Camargo Kreuz (2016) ressalta que homens não medem a totalidade de valores empenhados no aborto, enquanto todo o universo moral da mulher é abalado, sua feminilidade, seus valores, pois desde a infância ela é criada para a maternidade, é educada para ser mãe – tudo que há de ruim e inconveniente em relação às atividades domésticas, à gestação, aos filhos, é justificado por um “maravilhoso privilégio de pôr filhos no mundo”.

Assim, a negação aos direitos sexuais e reprodutivos e a criminalização do aborto representa a condenação da mulher que vai contra a sua “natureza” e opta por não ter filhos ou por interromper uma gestação (KREUZ, 2016, p. 51).

Direitos e garantias fundamentais previstos no corpo do texto constitucional servem de base para a defesa da legalidade da prática do aborto, enquanto direito reprodutivo, como um direito fundamental. O princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, à liberdade individual, à autonomia sobre o próprio corpo, o direito à intimidade e à privacidade, bem como a igualdade entre homens e mulheres são aportes suficientes para uma interpretação que fundamenta os direitos sexuais e reprodutivos para incluir entre esses o direito ao aborto.

Em relação à liberdade individual das mulheres, é preciso focar no consentimento, esse sempre necessário, seja na relação sexual, seja na continuidade da gestação, pois depende do corpo da mulher. Sem o consentimento ocorre a violação a dignidade da mulher, que não pode servir de meio de o embrião tornar-se bebê, sem que o seu consentimento seja pautado por um desejo próprio. Negar o aborto é fazer da mulher um meio a um fim com o qual ela não concorda – e não consente – o que não seria ético ou moralmente

tolerável (KREUZ, 2016, p. 61).

Kreuz (2016), referindo-se aos ensinamentos de Márcia Tiburi (2014), afirma que a submissão da mulher a maternidade, sem consentimento e vontade, denota uma lógica de soberania do embrião e “escravidão da mulher”. A questão do aborto, portanto, sinaliza que a liberdade das mulheres está sempre vigiada, confinada em uma estrutura social de dominação pelos homens.

Sobre a intimidade e a privacidade, ressaltam-se as passagens que a autora cita Dworkin, afirmando que é importante que as mulheres, frequentemente dominadas por homens, tenham o direito constitucionalmente garantido de regular seus corpos, o que para ele pode ser tutelado por meio do direito à privacidade. A privacidade, que pode remeter a uma questão de espaço ou de confidencialidade, na questão do aborto, tem um terceiro significado: soberania quanto a decisões pessoais (KREUZ, 2016, p. 60-61). O direito à privacidade, portanto, deve garantir que a mulher tome decisões sobre o seu corpo de forma plena e sem interferências.

Para salientar a violação ao direito à igualdade entre homens e mulheres, observa-se que a criminalização do aborto faz necessariamente um tratamento discriminatório às mulheres, não atingindo os homens da mesma forma, ainda que o homem tenha tomado a decisão, ou dela participado, ou ainda, em última análise, concorrido para a realização do resultado gravidez. Perry (1994), também citado por Kreuz (2016), defende que para se alcançar a igualdade e não incorrer em tratamento discriminatório contra um grupo, garantir a autonomia da mulher sobre seu corpo é necessário. A descriminalização do aborto assegura a liberdade das mulheres como agentes morais livres, sujeitos de uma sociedade democrática e com diversidade de opiniões.

O ônus da maternidade recai exclusivamente sobre o corpo feminino, assim como as consequências psicológicas as quais a mulher que gesta uma criança que não deseja está submetida. Dessa forma, o aborto mostra-se eminentemente uma questão de saúde pública. Mostra-se desrazoável pautar a vida do feto em detrimento de todo um contexto no qual está inserida a mulher, inclusive a limitação ao acesso de todos os meios de contracepção. Nas palavras de Kreuz (2016, p.71), “tal percepção falha em garantir os direitos fundamentais das mulheres, colocando-as em condição subalterna e inferior às de um embrião, um ser incompleto, que não está totalmente formado e que não tem personalidade civil”.

Com a autonomia corporal, tendo a mulher a possibilidade de escolher a

maternidade ou de interromper a gravidez quando indesejada, as mulheres deixam de ser apenas mães e passam a ser vistas como pessoas, com múltiplos papéis e possibilidades. Nessa perspectiva, a legalização do aborto importa em um ideal de igualdade, que permite a mulher ter as mesmas oportunidades sociais do homem. Com o aborto lícito, a mulher não estaria mais ligada à noção de uma natureza teleológica imanente, que lhe impõe a maternidade e suas funções reprodutivas, mas sim seria livre para dispor de seu corpo (MORI, 1997, p. 85-87).

Dessa forma, mostra-se urgente o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais. Com esse reconhecimento, por meio de legislação regulamente o exercício desses direitos, é possível descriminalizar a prática abortiva e garantir o acesso ao aborto legal e seguro para todas as mulheres, permitindo que essas possuam autonomia sobre seus corpos e liberdade para exercer tanto a sexualidade como a maternidade quando esta for sua escolha e não uma imposição social.

3.2. Hipóteses de aborto legal no Brasil e ADPF 54

Como citado no capítulo anterior, o abortamento previsto em lei, ou aborto legal, é permitido pelo Código Penal brasileiro nas circunstâncias descritas no art. 128, que assim dispõe: “Não se pune o aborto praticado por médico: I - Se não há outra maneira de salvar a vida da gestante. II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu responsável legal”.

Dessa forma, observa-se que há apenas duas situações autorizadas por lei em que o aborto é despenalizado, prevalecendo o entendimento de que o direito à vida e à saúde física e psicológica da gestante, nestas duas exceções, se sobrepõe ao direito à vida do embrião ou feto.

A primeira hipótese, quando não há outra maneira de salvar a vida da gestante, é nomeada pela doutrina de aborto terapêutico ou aborto necessário, caracterizado pelo estado de necessidade. No caso não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante.

Na segunda situação permitida pela legislação, em caso de gravidez resultado de estupro, os doutrinadores nomeiam como hipótese de aborto sentimental. Há uma compaixão com a vítima de estupro e esta é autorizada a abortar. Entende-se que se não houve

consentimento, ela não quis a relação, não assumiu o risco da gravidez e, portanto, não merece ser punida (KREUZ, 2018, p. 175).

Apesar dos referidos permissivos da lei terem sido incorporados desde 1940, apenas na década de 80, foram realizados, oficialmente, os primeiros atendimentos no serviço público de saúde brasileiro, porém, sem continuidade. A realização desse tipo de aborto nos serviços públicos de saúde só foi instituída efetivamente em um hospital público a partir de 1989, pela prefeita de São Paulo à época, Luiza Erundina, 49 anos depois de ser reconhecida no Código Penal (SCAVONE, 2008, p. 678).

Nos casos legalmente previstos, a Lei Penal brasileira não exige alvará ou autorização judicial para a concretização do abortamento. A mulher que sofre violência sexual deve ser orientada pelos profissionais de saúde a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas caso não o faça, não lhe pode ser negado atendimento, nem o abortamento. A efetivação do abortamento não está juridicamente vinculada à apresentação de documentos como Boletim de Ocorrência Policial ou Laudo do Exame de Corpo de Delito e Conjunção Carnal, do Instituto Médico Legal (Brasil, 2008, p. 19). A mulher, ao ser atendida nos serviços de saúde, deve ser tratada com ética e conforme a legalidade, se afirma ter sofrido violência sexual tem credibilidade, devendo ser recebida como presunção de veracidade (Brasil, 2008, p. 15).

Além dessas duas hipóteses legais, a possibilidade de interrupção da gravidez em casos de anomalias fetais graves com inviabilidade de vida extrauterina vinha sendo autorizada pelo poder judiciário, e, em 2012, o STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54) procedente, considerando que as mulheres que decidem fazer a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo não estarão praticando crime, tipificado no Código Penal como aborto.

Nestas três situações de exceção, o abortamento no Brasil é um inequívoco direito da mulher, que tem garantido, pela Constituição Federal e pelas Normas Internacionais de Direitos Humanos, o direito à integral assistência médica e à plena garantia de sua saúde sexual e reprodutiva. Cabe ao Estado garantir que a interrupção dessas gestações seja realizada de maneira ética, humanizada e segura (Brasil, 2008, p.14).

Dessa forma, atualmente há três hipóteses em que o aborto é permitido, seja por lei, no caso do aborto terapêutico, quando a gravidez põe em risco a vida da gestante, ou no aborto sentimental, no caso de gravidez resultante de estupro; seja pelo entendimento

vinculante da Suprema Corte, no caso de fetos anencéfalos.

Nessa última hipótese, deve-se observar que não se trata de uma permissão para a prática de aborto literalmente, uma vez que a ADPF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), usou o termo “antecipação terapêutica do parto” (ATP).

A Organização Mundial de Saúde define abortamento como a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana de gestação, com o produto da concepção com peso menor que 500g. Já o aborto é o produto da concepção expulso no abortamento (WHO, 1992). No caso de fetos anencéfalos, é necessário um diagnóstico inequívoco, e a antecipação terapêutica do parto pode ser realizada mesmo após a 22ª semana de gestação, ou tendo o feto um peso maior que 500g. Não há um critério limitador do período de gestação para a permissão da interrupção da gravidez nessa hipótese.

A expressão “Antecipação Terapêutica do Parto”, utilizada na ação constitucional, foi criada a partir da escuta do processo decisório de mulheres atendidas no Hospital Materno-Infantil de Brasília (HMIB), que, a partir de um termo de ajuste de conduta realizado em 2000, entre o hospital e a Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde – Pró-Vida, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), foi estabelecido um protocolo para a autorização que seguia o rito dos casos prévios de outras cortes. As decisões do MPDFT declaravam não haver infração penal no ato médico de interrupção seletiva da gestação de feto anencéfalo (DINIZ, 2014, p. 167).

Sobre a adoção desse conceito, posteriormente utilizado na ADPF 54, Débora Diniz (2014, p. 168) relata:

Foi assim que as decisões do MPDFT passaram a adotar o conceito de “antecipação terapêutica do parto” e que os médicos do HMIB passaram a descrever o procedimento médico, seus riscos e suas possibilidades como ATP. O novo nome não apenas revigorava a judicialização ou a prática clínica, mas também oferecia conforto às mulheres, aos médicos e aos julgadores. “ATP” não era um eufemismo para escapar à dureza penal do aborto. Se por eufemismo se entende o sentido dicionarizado do termo, “ato de suavizar a expressão dum ideia substituindo a palavra ou expressão própria por outra mais agradável, mais polida”, ATP era mais do que um ato polido – era uma provocação moral de que não há natureza no vocabulário. As palavras são parte de um léxico moral instituído, e a questão da anencefalia se recusava a ser descrita pela ordem vigente: “aborto eugênico”, “interrupção da gestação” ou, simplesmente, “aborto” eram insuficientes para descrever a experiência de dor e luto precoce vivida pelas mulheres. Elas antecipavam o parto de um feto sem cérebro que não sobreviveria fora do útero. Elas não eram mais a duplicidade na unidade do início da vivência reprodutiva.

Com essa terminologia na ADPF 54, a CNTS, polo ativo da ação, pautou seu pedido nos preceitos fundamentais concernentes aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); da legalidade; da liberdade e da autonomia de vontade (art. 5º,

II), bem como no direito à saúde (art. 6º e 196). Procurou-se demonstrar, na exposição, a diferença entre o aborto e a antecipação terapêutica do parto (DA MATA CORRÊA, VIANA CAMPOS, 2012, p. 418).

A referida ação foi apresentada ao STF no dia 17 de junho de 2004 e, no dia 1º de julho do mesmo ano, o ministro relator concedeu uma liminar monocrática favorável ao pedido. Com a liminar, o tema passou a ocupar a imprensa nacional de maneira estrondosa, provocando manifestações de diferentes setores da sociedade. O Ministério da Saúde anunciou que o SUS tinha condições de realizar o diagnóstico por imagem, ao contrário do que especulava a imprensa sobre a ineficiência do sistema para responder à decisão da corte. O Conselho Federal de Medicina (CFM), em posição desfavorável a ação, editou uma resolução que regulamentava a retirada de órgãos de fetos anencefálicos para transplante (DINIZ, 2014, p. 172).

O burburinho foi tão grande que, em 20 de outubro, ainda em 2004, foi convocado o julgamento sobre o mérito da ação. Porém, a agenda sofreu uma reviravolta durante o julgamento, de tal forma que a pergunta não seria mais sobre a tese lançada na inicial, mas sobre a pertinência de manter uma liminar se nem mesmo o instrumento jurídico utilizado (ADPF) havia sido objeto de avaliação pela corte. Comentando o esse julgamento, Diniz (2014, p. 175) afirma:

(...) Em um julgamento tenso e com ramificações para questões amplas da democracia brasileira, como a laicidade do Estado, a liminar de anencefalia foi cassada. Não houve julgamento de mérito, mas uma pausa de sete anos para que a ação seguisse em ritmo lento: julgamento do cabimento da ADPF, outras ações correlatas, como foi o caso da ADI 3410/2005, de células tronco, audiências públicas e mérito. No texto que resumia a cassação da liminar, o então presidente da corte, Ministro Nelson Jobim, determinou que “o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos”. “Aborto”, “antecipação terapêutica do parto” ou “operação terapêutica do parto”: os termos acenavam para a confusão moral e jurídica em cena, mas também devolviam às mulheres a tarefa de resistir solitariamente até que a corte tomasse para si o tema como de direitos fundamentais.

Como relata a autora, a cassação da liminar revogou o direito constitucional da gestante de submeter-se à antecipação terapêutica do parto cujo feto é anencefálico, deixando desamparadas as mulheres que se encontravam nessa situação por um longo período.

Sete anos depois, o tribunal não era o mesmo que cassou a liminar, com outros membros, opinião pública favorável e um certo orgulho de ser um espaço mais progressista que o Congresso Nacional para questões de liberdades individuais, em particular sobre direitos reprodutivos. A ADPF 54 foi julgada procedente, com 8 votos favoráveis e 2

contrários e houveram pronunciamentos mais amplos do que a especificidade da ação demandava (DINIZ, 2014, 176).

Com essa decisão, o STF fez mais do que permitir a interrupção de gravidez de fetos anencefálicos. A Corte deu um passo inicial ao reconhecer que as mulheres são proprietárias de seus direitos reprodutivos. À época, o advogado Luís Roberto Barroso, que representou a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde em uma das suas últimas atuações antes de se tornar ministro do supremo, enfatizou o fundamento da dignidade da mulher, pronunciando a seguinte colocação: “o direito de não ser um útero à disposição da sociedade, mas de ser uma pessoa plena, com liberdade de ser, pensar e escolher”. Esta fala fundamentou e guiou a decisão de o STF de considerar a interrupção da gestação de anencéfalos como não sendo crime (CRUZ SANTOS, FERRAZ DOS ANJOS, SOUZAS, GONÇALVES EUGÊNIO, 2013, p. 501).

Um mês após o julgamento pelo STF, o Conselho Federal de Medicina editou norma com orientação da conduta ética do médico ante o diagnóstico de anencefalia, a Resolução CFM nº 1.989/12, estabelecendo que, diante do diagnóstico inequívoco de anencefalia, o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez. Segundo a resolução, o diagnóstico de anencefalia deverá ser feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª semana de gestação, e o laudo deverá ser assinado por dois médicos capacitados para tal diagnóstico. Essa resolução convalidou a decisão do supremo, demonstrando a mudança de posição do CFM em relação ao tema.

O trajeto da ADPF 54 foi longo e marcado pelo julgamento da ADI nº 3.510, cujo objeto foi o art. 5º da Lei nº 11.105/05, chamada Lei de Biossegurança, sobre a fertilização *in vitro* e a possibilidade de utilização de células tronco embrionárias em pesquisas científicas. Essas ações constitucionais se inter cruzam, pois, em ambas, a Suprema Corte brasileira não apenas é colocada diante de dilemas bioéticos, como também é alterado o modo de lidar com tais dilemas: pela primeira vez na história do STF foram convocadas audiências públicas.

A tese central da ADI 3.510 era que “a vida inicia na fecundação”, de forma que, se a corte aceitasse essa tese, células fecundadas congeladas consistiriam em seres invioláveis e a controvérsia lançada pela ADI alcançaria não apenas a pesquisa com células-tronco embrionárias, mas também o aborto, a anencefalia e os permissivos legais do Código Penal (DINIZ, 2014, p. 174-175). Sobre a intercessão entre as duas ações, Débora Diniz (2014, p. 175) comenta:

As audiências públicas para a ação de anencefalia foram as primeiras convocadas na história do Supremo, mas as da ADI de células-tronco foram as primeiras a serem realizadas, em 2007. A Anis participou como *amicus curiae* na ação e fui representante da entidade durante as audiências públicas. A tese da Anis era simples, mas assumia o duplo alvo da ação de biossegurança: o STF não necessitaria enfrentar a pergunta sobre o início da vida para julgar a constitucionalidade da pesquisa com embriões congelados supranumerários e inviáveis à reprodução; além disso, a pergunta sobre o início da vida não era jurídica, tampouco científica, mas religiosa. O início da vida é uma inquietação de regressão infinita – há fragmentos da vida humana em embriões congelados, em fios de cabelo ou em cadáveres. Um gigantesco suporte da opinião pública em favor da pesquisa com células-tronco embrionárias antecipou o que ocorreria na ação de anencefalia – não havia oposição na mídia nacional; ao contrário, os holofotes para o STF permitiram uma decisão final de 6 a 5 votos (entre votos pela procedência parcial e improcedência). Tanto nas audiências públicas de células-tronco quanto no julgamento, figuras públicas e associações de pessoas com deficiência deram rosto ao que parecia ser uma disputa sobre ciência e moral. Mas a corte também crescia em visibilidade como um espaço de emergência de novas interpretações para os direitos fundamentais. Uma agenda de questões conhecidas como de bioética ali chegou – suas dificuldades e fascínios moviam os ministros, os acadêmicos, os meios de comunicação e a sociedade civil.

Era perceptível a existência de convergências nos casos, tanto em argumentos quanto no tema em si. Algumas entidades representativas se repetem nos dois casos, participando das audiências públicas enquanto *amicus curiae*. O debate religioso, igualmente, não escapa às discussões em ambas as ações citadas.

É preciso fazer uma breve análise dos fundamentos que embasaram a procedência da ADPF 54, para que se possa compreender quais foram critérios usados pela corte para permitir a antecipação terapêutica do parto. Assim, é possível entender como pensa a Suprema Corte, traçando um perfil para as demais demandas que envolvem a temática do aborto, a despeito das alterações na corte entre a data do julgamento e a sua atual configuração, bem como as mudanças na conjuntura política.

O Ministro Marco Aurélio de Mello, relator da ação, iniciou o seu voto fazendo uma defesa do Brasil como um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5º, inciso IV da Constituição da República, referindo-se a primazia da corte pela laicidade do Estado, ao citar o voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº 3.510, ressaltando que a questão discutida no processo não poderia ser examinada sob os influxos de concepções morais e religiosas (BRASIL, 2012, p. 39-43). A laicidade do Estado foi assunto tratado em quase todos os votos, destacando-se a postura do Ministro Luiz Fux que, assentado em Habermas e Dworkin, contrapôs a postura beligerante do conflito de “interesses” *pro life versus pro choice*, afirmando “*Deve-se aceitar, como aqui foi destacado da tribuna, o pluralismo das visões do mundo e propor uma plausível perspectiva de mediação entre esses extremos que estão sendo colocados agora*”(BRASIL,2012, p. 157).

A Ministra Cármen Lúcia ressaltou que a vida extrauterina depende, em caso de necessidades especiais, de suporte tecnológico disponível, como oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição e hidratação. Dessa forma, a viabilidade da vida não é um conceito absoluto, variando de um para outro continente, país, cidade e grupo sociocultural (BRASIL, 2012, p. 192).

Esse entendimento da atual presidenta da Suprema Corte, assim como os votos proferidos pela maioria dos ministros, convergiu com o entendimento do relator, no sentido de que não seria também o caso de aborto eugênico, uma vez que o portador de anencefalia é um natimorto, não há vida em potencial, e o aborto eugênico, nas palavras do relator *“pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos”*. Em relação à doação de órgãos de anencéfalo, foram afirmados dois argumentos: que é vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade; bem como que, a partir das audiências realizadas, revelou-se praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo.⁵

Os ministros que acompanharam o relator, à exceção dos Ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux, consideraram aplicável o conceito jurídico de morte cerebral nos moldes da Lei nº 9.434/97 (que trata de transplante de órgãos), concluindo que a anencefalia representa morte encefálica⁶.

Ao defender a atipicidade da conduta, o relator observa que o aborto é crime contra a vida, tutelando-se a vida em potencial e, no caso do anencéfalo, não existe vida possível. Ele usa os ensinamentos de Nelson Hungria para explicar porque a interrupção da gestação nesses casos não constitui o crime de aborto.

Argumentou ainda que quando foi editado o Código Penal hoje vigente a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente esse tipo de anomalia fetal. Não se podendo exigir, portanto, que esta hipótese estivesse presente no rol das exceções do art. 128, tendo sido observada essa premissa pelos demais votos favoráveis.

Não seria possível opor a vontade do legislador à possibilidade de antecipação

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello (relator), p. 17-21. Voto do Ministro Ayres Britto, p. 6. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 43-44.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. n. 54. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello (relator), p. 27. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 20. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 5. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 37. Voto do Ministro Ayres Britto, p. 6. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 37-38.

terapêutica do parto nesses casos, observando-se que o aborto por estupro fora autorizado, deve o dispositivo (art.128) sofrer uma releitura moral, havendo novas luzes sobre as atuais necessidades científicas e sociais. Foi assim que o Ministro Luiz Fux entendeu, apesar de apontar uma excludente de ilicitude ao caso, o estado de necessidade. Seguindo o relator, as Ministras Rosa Weber e Carmen Lúcia entenderam que a hipótese segue a vontade do legislador⁷.

O ministro relator refere-se ainda ao caráter não absoluto do direito à vida, que, no caso em análise, não se sobrepõe ao direito da mulher à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade. Por fim, o ministro ressaltou que a gravidez de um feto anencéfalo apontam riscos físicos maiores à gestante e os danos à saúde psíquica são incontroversos. O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo pode ser classificado como tortura (BRASIL, 2012, p. 58-64).

No mesmo sentido, entendeu a ministra Rosa Weber, pois se a morte é atestada pelo fim da atividade cerebral, se reportando a Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, a vida seria, em senso contrário, atestada pelo início dessa atividade, de modo que o feto anencéfalo não cumpre com esse requisito. A intervenção do Estado para a proteção da vida do feto viola os direitos relacionados à liberdade, integridade física e psicológica, além da dignidade humana, não restando dúvida que a situação imposta contra a vontade da mulher constitui tortura física e psicológica. A ministra afirma que o conceito de vida, não definido no direito civil ou penal, é tratado pelo biodireito como a presença de atividade cerebral, dependendo da possibilidade de desenvolvimento de propriedade intrinsecamente humana, ou seja, capacidades físicas e psíquicas mínimas que permitam identificar um indivíduo como pertencente ao universo humano (BRASIL, 2012, p. 108-111).

O Ministro Luiz Fux considerou que a hipótese implicaria em estado de necessidade justificante. A Ministra Cármen Lúcia não descartou a possibilidade de aplicação da inexigibilidade de conduta diversa da gestante ou da equipe médica, excludente de culpabilidade, assim como Celso de Mello, que afirmou ser a situação específica configuradora de causa supralegal de excludente de culpabilidade. Já o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o ‘aborto de fetos anencéfalos’ estava compreendido entre as duas

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 25. Voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 43. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 12. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello (relator), p 25.

causas excludentes de ilicitudes já previstas no Código Penal, restando ausente norma de organização e procedimento por parte do Ministério da Saúde⁸.

Dessa forma, Gilmar Mendes interpretou que não havia atipicidade, votando favorável a ADPF, mas de modo divergente do entendimento da Ministra Rosa Weber e do Ministro Joaquim Barbosa⁹, que decidiram pela atipicidade da conduta, esclarecendo, a ministra, sobre os problemas da linguagem como meio de expressão do conhecimento e a aplicação de critério conhecido como verificacionismo.

Apenas os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram contra a autorização da antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálicos, pela improcedência da ADPF 54.

O Ministro Cezar Peluso fez uma distinção entre a ADPF em análise e a ADI 3.510, defendendo a tipicidade da conduta e a possibilidade do julgamento favorável abrir precedente para o abortamento eugênico. Já o Ministro Lewandowski argumentou que o Código Penal de 1940 não legitima o aborto eugenésico e que o art. 2º do Código Civil protege os direitos do nascituro. Ambos entenderam que a Suprema Corte estaria atuando como legislador positivo ao interpretar a norma penal pré-constitucional em sentido menos restritivo.

O Ministro Ricardo Lewandowski falou dos limites da interpretação conforme e que haveria usurpação de competência do legislativo se a decisão fosse favorável, destacando projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional à época: o PL nº 4.403/2004, de autoria da Deputada Jandira Feghali, e o PL nº 50, de iniciativa do Senador Mozarildo Cavalcanti, ambos com intenção de incluir a hipótese em análise aos incisos permissivos do art. 128 do Código Penal.

O Ministro Cezar Peluso, em seu voto contrário ao pedido, além dos argumentos mencionados, alegou a ausência de sofrimento injusto da gestante, bem como que era impertinente ao caso a invocação dos direitos sexuais e reprodutivos, afirmando que tais direitos não reconhecem poder absoluto de eliminar a vida intrauterina.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 12. Voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 30. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 46. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 24-25.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 9-11. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 6.

Esse julgamento demonstrou como o Poder Judiciário pode interpretar as normas constitucionais para fazerem valer os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, restando evidente que o texto constitucional com suas garantias fundamentais possui aportes suficientes para essa interpretação, não carecendo tais direitos de fundamentalidade formal em nosso ordenamento.

Desde o julgamento favorável em 2012, a Suprema Corte passou por mudanças na sua composição, com a alteração de alguns membros. O então advogado da ADPF 54, Luís Roberto Barroso, é um dos atuais ministros na composição do Supremo Tribunal Federal. Também assumiram o cargo de ministro do STF após esse julgamento, os ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

4. A ATUAL DISCUSSÃO SOBRE O DIREITO AO ABORTO NO BRASIL

Nos capítulos anteriores foram traçados aportes teóricos necessários para analisar a atual discussão sobre a descriminalização e legalização do aborto em nosso país, buscando compreender em quais espaços esses debates estão sendo travados e quais as perspectivas que podem ser feitas no atual cenário político institucional no que se refere aos direitos sexuais e reprodutivos.

Parte-se agora para a observação dos principais projetos a respeito da descriminalização e legalização do aborto. Primeiramente aborda-se as propostas apresentados perante a Corte Constitucional, em forma de ações constitucionais, e, posteriormente, os principais projetos que tramitam no legislativo brasileiro. O estudo do percurso da ADPF 54 e dos fundamentos que deram sustentação a sua decisão final favorável mostraram como esse debate foi abordado inicialmente no STF. Por outro lado, não se pode olvidar do espaço mais apropriado para a discussão no que concerne a regulamentação de direitos: o parlamento.

Atualmente vários projetos de lei e de emenda constitucional encontram-se em tramitação no Congresso Nacional. Alguns deles representam graves ameaças aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Como visto anteriormente, esses direitos, conquistados pelos movimentos feministas ao longo de várias décadas, ainda não possuem plena aplicabilidade.

Alguns dos projetos em curso no Congresso Nacional vão em sentido contrário as posições do judiciário, inclusive, com propostas de restrições maiores ao aborto, que incluem criminalizar a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos e as outras hipóteses de aborto legal já previstas no Código Penal desde 1940.

4.1. A busca do direito ao aborto pela via judicial

Após o julgamento da ADPF 54, outras ações foram ajuizadas com o objetivo de ver tutelados os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, dentre eles, o direito ao aborto. No mês de agosto de 2016, a Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP, com apoio da ANIS – Instituto de Bioética, ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

com o objetivo de exigir a garantia de direitos violados por causa da epidemia do Vírus Zika no Brasil, principalmente no que concerne a necessidade de políticas públicas efetivas às mulheres e crianças afetadas pela doença.

Na referida ação, dentre os diversos pedidos, destaca-se o pedido de interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação que considera como conduta tipificada, na forma dos artigos 124 e 126 do CP, a interrupção da gestação em relação a mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus Zika e optar por essa medida. Sucessivamente, pede-se para a Corte fazer a interpretação conforme a constituição do art. 128, I e II, do Código Penal, julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus Zika e assim escolher proceder, tratando-se de causa de justificação específica (art. 128, CP) ou de justificação genérica (art. 23, inciso I e art. 24, CP) - estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa -, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez.

Essa ação, distribuída como ADI 5.581 foi objeto de um parecer favorável, destinado à presidência do tribunal, emitido por Relatores Especiais do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). O parecer explicou como a negação de serviços de aborto pode chegar ao nível de tortura e/ou tratamento cruel, desumano ou degradante, primeiro, destacando como a intenção e motivação da tortura incluem comportamentos discriminatórios e, posteriormente, discutindo os fatores considerados para determinar se a dor e o sofrimento de uma mulher ou menina a quem foram negados serviços de aborto atendem o patamar de tortura.

Por fim, esse parecer emitido pelos Relatores Especiais da ONU conclui da seguinte forma (2016, p. 14):

Esta submissão tem como objetivo auxiliar o STF, detalhando as circunstâncias em que a negação de serviços de aborto pode constituir tortura e/ou tratamento cruel, desumano ou degradante. Especificamente, o sofrimento mental que mulheres e meninas podem enfrentar quando desejam interromper uma gravidez, incluindo no contexto do Zika, mas não têm acesso legal ao serviço, pode ser grave e, como explicado acima, pode atingir o nível de tortura e/ou tratamento cruel, desumano ou degradante. Isso pode ser ainda mais agravado para algumas mulheres e meninas em situações particularmente vulneráveis, em função de sua idade, status de deficiência, ou as circunstâncias de sua gravidez.

Os titulares de mandatos de procedimentos especiais que compõem esta intervenção afirmam ao STF que uma resposta à epidemia do Zika compatível com os direitos humanos levará em conta o risco de tortura e/ou tratamento cruel, desumano ou degradante para mulheres e meninas no contexto de negação de serviços de aborto, e pedem medidas para mitigar esse risco, em conformidade com as obrigações do Estado para prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano ou degradante em

todos os contextos e circunstâncias, e para defender todos os direitos humanos, incluindo a obrigação de eliminar todas as formas de discriminação contra mulheres e respeitar, proteger e realizar o direito à saúde.

O documento partiu de quatro representantes das Nações Unidas, que se manifestaram de forma independente da entidade, e foi enviado ao STF para contribuir no julgamento, principalmente em relação ao pedido de interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, destacado acima.

A ADI 5.581, ação ajuizada no sentido de afastar a criminalização da prática de aborto, observando-se outra hipótese em que a norma penal não deveria incidir para preservar direitos fundamentais da gestante em razão de epidemia que afeta de sobremaneira a saúde de mulheres grávidas, gerando anomalias fetais relacionadas ao desenvolvimento cerebral do feto, ainda aguarda a realização de audiência pública. Apesar da relevância dessa ação, alguns julgados já ganharam maior atenção por criar precedente mais relevante no sentido da descriminalização do aborto.

Em novembro de 2016, a 1ª Turma do STF, ao julgar o Habeas Corpus nº 124.306, emitiu decisão contendo entendimento pela inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre da gravidez. Apesar da decisão não ter efeitos vinculantes, produzindo efeitos somente entre as partes do processo, essa manifestação da Suprema Corte causou diversas reações, dentre elas, iniciativas de setores conservadores do Congresso Nacional.

Faz-se necessária a observância do conteúdo do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que fundamentou a decisão da turma, para uma compreensão de como o direito ao aborto foi sustentado. A ação tratava-se de um pedido de afastamento da prisão preventiva de pessoas que foram presas em flagrante em uma clínica de aborto clandestina no Estado do Rio de Janeiro. A primeira parte do julgado atende às questões processuais, na qual o julgador admite o descabimento de habeas corpus como substitutivo do Recurso Ordinário Constitucional, conforme a jurisprudência da turma. Porém, em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria, ele entende pela possibilidade de examinar a concessão da ordem de ofício (BRASIL, 2016, p. 11).

O ministro passou, então, a análise dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Concluiu que não estavam presentes riscos à ordem pública ou econômica, que a prisão não era necessária para conveniência da instrução criminal, nem para assegurar a aplicação da lei penal. Restou,

portanto, ausentes os requisitos para a cautelar, o que seria motivação suficiente para afastar a prisão preventiva (BRASIL, 2016, p. 12). Ainda assim, o ministro passou a analisar a constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus.

No voto, o julgador afirma que a tipificação penal do crime de aborto voluntário, previsto nos art. 124 e 126 do Código Penal, antes de concluído o primeiro trimestre de gestação, viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade (BRASIL, 2016, p. 13).

Em relação aos direitos fundamentais das mulheres, o ministro observa primeiramente a violação à autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (art. 1º, III da CF/88). Destacou também à violação ao direito à integridade física e psíquica da mulher, protegido no art. 5º, caput e inciso III da CF/88, uma vez que o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação, sua integridade física é abalada. Da mesma forma, quando indesejada, a gravidez afeta a integridade psíquica pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser (BRASIL, 2016, p. 17-18).

Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher também foram abordados por serem violados pela restrição penal. O ministro afirma que tais direitos incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como o direito de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva, ressaltando ainda a definição de direitos reprodutivos contida no Relatório da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994 no Cairo (BRASIL, 2016, p. 19). Afirmou que a norma repressiva também viola à igualdade de gênero na medida em que a mulher que suporta o ônus integral da gravidez e o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da manutenção ou não da gestação.

Por fim, o ministro destaca a discriminação social e o impacto desproporcional sobre mulheres pobres causados pela criminalização, pois essas mulheres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica, ou a procedimentos precários e primitivos que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito (BRASIL, 2016, p. 20-21).

Acerca da violação ao princípio da proporcionalidade, o ministro analisa a

tipificação penal à luz de cada um dos subprincípios que dão conteúdo a proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação ao subprincípio da adequação, o Ministro Barroso conclui que a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação, mostrando-se ineficaz para proteger o direito à vida do feto, portanto, é medida de duvidosa adequação. Sobre a necessidade, o julgador destaca que há outros meios eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivos aos direitos da mulher defendendo que o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causas à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. Mudando-se o foco da atuação estatal, a tutela penal não seria aprovada no teste da necessidade. Por último, em relação a proporcionalidade em sentido estrito, constata-se que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres, enquanto promove um grau reduzido (se algum) de proteção aos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir os índices de aborto (BRASIL, 2016, p. 22-26). Dessa forma, a proibição mostra-se completamente desproporcional, causando mais violação do que proteção à direitos.

Com esse voto, repita-se, a decisão do STF gerou reações de diferentes setores. Os setores mais conservadores do Congresso Nacional agiram no sentido de propor e acelerar projetos de lei com o objetivo de restringir ou dificultar o acesso às hipóteses de aborto legal. Por outro lado, a decisão inspirou a elaboração da ADPF 442, apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com o apoio da ANIS, em março de 2017, assinada pelas advogadas: Luciana Boiteux, Gabriela Rondon, Luciana Genro e Sinara Gumiere.

A APDF 442, ainda em tramitação, tem por objetivo a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal) para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez. Parte-se do questionamento “qual a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto?” (PSOL, 2017, p.3).

A inicial parte para a defesa do pedido dividindo a argumentação em duas seções, uma, a partir de precedentes vinculantes de cortes constitucionais, defendendo que a passagem da discussão do legislativo para o judiciário não é artificial, uma vez que as decisões são resultados de processos históricos e políticos de atualização do direito como integridade (PSOL, 2017, p. 14-15). A outra seção pressupõe dois métodos interpretativos: primeiro, a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana por dimensões essenciais vinculadas a outros direitos fundamentais, como a cidadania e a não discriminação das

mulheres; segundo, pelo teste da proporcionalidade, capaz de demonstrar que a criminalização do aborto não se fundamenta em objetivo constitucional legítimo (PSOL, 2017, p. 5).

Dentre os preceitos fundamentais violados, listou-se a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres (art. 1º, incisos II e III, CF), a promoção do bem estar de todas as pessoas, sem qualquer forma de discriminação (art. 3º, inc IV, CF); o direito à saúde (art. 6º, CF), à integridade física e psicológica e a proibição de submissão à tortura ou à tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III, CF); a inviolabilidade do direito à vida e à segurança (art. 5ª, caput, CF); o direito ao planejamento familiar (art. 226, §7º) e ainda os direitos sexuais e reprodutivos, decorrentes do direito fundamental à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput, CF). Para os conceitos de direitos sexuais e reprodutivos, cita-se as conferências das Nações Unidas realizadas em Cairo e em Pequim, já citadas no capítulo anterior, a Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013), de Montevideú, e o reconhecimento desses direitos por órgão de monitoramento de tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil, como o Comitê CEDAW e o Comitê DESC¹⁰ (PSOL, 2017, p. 8-11). A criminalização do aborto afronta ainda o princípio da igualdade de gênero (art. 5º, caput, CF) e a não discriminação baseada em sexo, objetivo fundamental da República, de acordo com o art. 3º, inciso IV da Carta Política.

Após fazer um aporte do direito comparado para defender a jurisdição constitucional como espaço legítimo para a discussão sobre aborto, no sentido de descriminalizar e ser meio de efetivação desse direito em outras experiências pelo mundo; passa-se aos precedentes da Corte Constitucional brasileira. O primeiro deles ocorreu antes da ADPF 54. Em 2003, o STF apreciou o HC 84.025, cuja paciente era uma mulher grávida de feto com anencefalia, porém, devido ao óbito da recém-nascida, informado a Corte durante o julgamento, ocorreu a perda do interesse processual, quando já haviam sido proferidos votos favoráveis à gestante.

Dentre os demais precedentes está a ADI 3.510, sobre a fertilização *in vitro* prevista na lei de biossegurança, na qual o argumento sobre o artigo 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), que prevê o direito à vida “protegido pela lei e, *em geral*, desde o momento da concepção” (original sem grifos), decaiu por completo a partir da condenação da Costa Rica pela Corte Interamericana de Direitos

¹⁰ Comitê CEDAW monitora a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. Comitê DESC monitora o seguimento do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Humanos (Corte IDH) por proibir a fertilização *in vitro* em nome do direito à vida desde a concepção. Os outros precedentes citados foram a ADPF 54, sobre a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, e, por último, o mais recente, HC nº 124.306, favorável a profissionais de saúde presos em flagrante em uma clínica de aborto clandestina, já abordado anteriormente.

Os votos dos ministros nos casos precedentes foram usados para sustentar a legitimidade da Corte para deferir o pedido da ação. Sustentou-se a compreensão do direito como integridade, nos sentidos horizontal e vertical propostos por Dworkin. Usou-se também a teoria da representação argumentativa, defendida por Robert Alexy, pela qual a representação da Corte se dar de forma diferente a do parlamento, ressaltando que todo poder estatal origina-se do povo, o parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional, argumentativamente (PSOL, 2017, p. 28-29). As passagens dos julgados precedentes revelaram a aplicação dessas teorias ao modo de julgar do STF.

A argumentação, por fim, afirma a tese da violação à dignidade da pessoa humana, à cidadania e à não discriminação das mulheres pela criminalização do aborto e seu impacto nos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura, à saúde e ao planejamento familiar. Explicou-se primeiramente o princípio da dignidade da pessoa humana e a função catalisadora da dignidade, descrita por Jürgen Habermas, ao ser fonte para a interpretação de outros princípios constitucionais, demonstrando como diferentes Cortes Constitucionais Internacionais, pelo conceito polissêmico da dignidade, enfrentaram a questão do aborto (PSOL, 2017, p. 31). Destacou-se também o valor intrínseco do ser humano, preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, para posteriormente trazer o conceito de pessoa constitucional. As advogadas demonstram como os julgados precedentes evidenciaram que estatuto de pessoa constitucional inicia-se no nascimento com potência de sobrevivência, mesmo com auxílio de complexas tecnologias biomédicas (PSOL, 2017, p. 35-37).

A autonomia foi defendida como outra dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, que possui um forte componente de privacidade. A autonomia também é vinculada ao preceito fundamental da cidadania, que significa ter condições de possibilidade para a vida com dignidade, protegido pela Constituição Federal. A vulnerabilidade existencial das pessoas constitucionais são reconhecidas como justas e promovidas pelas políticas de bem-estar social. O direito ao aborto, além de um exercício de autodeterminação, é defendido como elemento central da justiça reprodutiva. Mostrou-se ainda como a criminalização mantém-se pelo patriarcado na lei penal, no qual a estereotipização da mulher, em razão de

uma suposta “natureza feminina”, gera graves violações de direitos e mesmo a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (PSOL, 2017, p. 38-44).

A máxima da proporcionalidade foi sustentada como técnica-jurídica para o enfrentamento hermenêutico de causas difíceis, maximizando os efeitos do controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais. A proporcionalidade é aplicada sempre que necessária a ponderação entre direitos fundamentais, abordando os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por fim, a desproporcionalidade foi defendida a partir das evidências empíricas. A lei penal é usada para fins discriminatórios das mulheres, uma vez que a criminalização não é medida suficiente ou adequada para coibir a prática do aborto, e não é suficiente para garantir o objetivo a que se justifica (PSOL, 2017, p. 55).

A ADPF 442 foi recebida e o pedido cautelar, para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e o andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal, foi indeferido. Em março do ano corrente, houve decisão monocrática da Ministra Rosa Weber, relatora do processo, anunciando prazo para os interessados em participar da audiência pública se manifestarem. Na decisão, já haviam sido admitidos na qualidade de *amicus curie* o (i) Partido Social Cristão, a (ii) União dos Juristas Católicos de São Paulo - UJUCASP e o (iii) Instituto de Defesa da Vida e da Família, porém, muitos outros interessados já apresentaram pedido para participar da audiência. A ação aguarda a realização de audiência pública ainda sem data marcada.

É preciso refletir sobre a constante mitigação do direito ao aborto pela via judicial e entender quais as consequências e avanços possíveis por esse caminho. Todas as iniciativas de ações constitucionais são legítimas e necessárias, principalmente se observados os preceitos da criminologia crítica, pois somente haverá incidência estatal para conhecer e regular a prática abortiva a partir da descriminalização.

Retomando as premissas traçadas anteriormente, a criminologia crítica, ao superar o paradigma etiológico, se opõe ao enfoque biopsicológico do criminoso e passa a fazer o enfoque macrossociológico do desvio. É necessário que o poder estatal se direcione ao problema social gerado pela proibição do aborto e a sua negação como direito sexual e reprodutivo das mulheres. Esse enfoque somente será possível a partir da descriminalização dessa conduta em razão dos direitos humanos das mulheres, ou seja, da justiça reprodutiva.

Dessa forma, compreende-se que o reconhecimento do direito ao aborto perpassa, além de uma ponderação de princípios, aos direitos fundamentais das mulheres, entendendo estas como sujeito de direitos em um patamar de igualdade de gênero. Justiça reprodutiva é um termo usado para entender que a reprodução das mulheres, incluindo o acesso ao aborto, é matéria de justiça e não de escolha. A justificativa para a descriminalização do aborto não precisa ir além dos princípios liberais constitucionalmente consagrados, uma vez que o caminho potencialmente particular e atomizado no qual “escolha” e “liberdade” podem ser interpretados como burgueses e elitistas, são disponíveis para apenas algumas mulheres no mundo e inúteis para as demais (HUNT, 2007, p. 42).

Apenas com uma reflexão crítica da realidade, observando que o sistema legal é baseado no poder e no privilégio, como afirma a criminologia crítica, sem a ficção da neutralidade do direito (SHECAIRA, 2015, p. 285), é possível entender que a criminalização dessa conduta é uma negação de direitos às mulheres, sobretudo às mulheres pobres. Deve-se reconhecer as funções desse mecanismo punitivo.

Recorrendo às ideias de Michel Foucault, pode-se entender que o poder existe como uma rede complexa de micropoderes, de relações de poder que permeiam todos os aspectos da vida social, um efeito político intenso caracterizado como biopoder (MAIA, 2015, p. 45).

Quando a prática abortiva não pode ser consequência de uma deliberação da mulher, esta não possui o domínio de seu corpo, pois o corpo é instrumentalizado para a reprodução. O biopoder se expressa, então, quando o corpo feminino, ao possuir um útero fertilizado, deixa de pertencer a mulher e passa a ser tutelado pelo Estado, que limita a interrupção da gestação a situações que não expressam a vontade da mulher. Atualmente, só é concebível o aborto se este não expressar uma negativa da mulher a maternidade.

A criminalização impede a promoção dos direitos sexuais e reprodutivos e o acesso à saúde integral. É preciso ir além da interpretação utilitarista restrita aos temas do acesso ao controle da natalidade, da educação sexual e de um aborto legal (dentro das hipóteses permitidas), seguro e econômico. As organizações que lutam pela manutenção do aborto legal nos Estados Unidos têm percebido que a descriminalização do aborto deve levar em conta problemas mais amplos como racismo, disparidade econômica e colonialismo, como impeditivos à saúde reprodutiva (HUNT, 2007, p. 42).

Ao proferir decisão que reconheça o aborto como um direito subjetivo de todas as

mulheres, a Suprema Corte brasileira atuará pela redução do Estado-penitência. Esse Estado-penitência, nomeado por Salo de Carvalho (2015, p. 163), é consequência da redução do Estado social, da restrição de direitos, e reflete-se em um Estado penal máximo.

É preciso fazer um movimento contrário. A descriminalização do aborto pelo STF implica no reconhecimento de direitos, o que abre uma brecha a ser aproveitada pelos movimentos de mulheres. Reduz-se o sistema punitivo, estrutura de dominação e poder sobre os corpos, no caso, corpos femininos; para, então, aumentar o Estado social, lutando-se pelo reconhecimento legal desses direitos. Uma vez reconhecido o aborto como um direito sexual e reprodutivo de todas as mulheres, é necessário demandar a regulamentação e promoção desse direito. A legislação regulamentadora não pode ser editada pelo Poder Judiciário, sendo necessária que as demandas pelo aborto ocupem o poder legislativo, na busca pela promoção de direitos sexuais e reprodutivos.

4.2. Ameaças legislativas aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres

Se a questão do aborto vem sendo pautada no poder judiciário, gerando inúmeros debates sobre a via judicial e a necessidade de um amparo legal a esse direito, esse assunto também não passa despercebido no poder legislativo. Ao contrário do que vem sendo discutido na Corte Constitucional, os projetos em tramitação que ganham destaque propõem verdadeiros retrocessos no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

O Congresso Nacional vem se mostrando um espaço cada vez mais conservador, onde as mulheres continuam subrepresentadas. Mesmo após a redemocratização do país o número de mulheres eleitas não alcançou 10% do total de parlamentares eleitos em qualquer dos pleitos, mesmo com a instituição da Lei 9.504/97, que reserva para elas 30% das candidaturas nas eleições proporcionais (MARIANO; BIROLI, 2017).

Se em 2012, quando do julgamento da ADPF 54, tramitavam projetos de lei que objetivavam incluir no rol das hipóteses legais de aborto a interrupção voluntária da gestação em caso de anencefalia (PL 4403/2004 e PL n° 50, de 2011), hoje, tais projetos encontram-se parados, mesmo após o julgamento favorável no STF. Por outro lado, projetos de lei que buscam restringir as hipóteses permitidas ou inviabilizar o acesso ao aborto legal estão em andamento.

Dentre esses projetos, destaca-se, primeiramente, o PL 5.069/2013, de autoria dos

deputados federais: Eduardo Cunha (PMDB/RJ), Isaias Silvestre (PSB/MG), João Dado (PDT/SP), André Moura (PSC/SE), Arolde de Oliveira (PSD/RJ), Padre Ton (PT/RO), Arnaldo Faria de Sá (PTB/SP), Aureo (PRTB/RJ), Lincoln Portela (PR/MG), João Campos (PSDB/GO), Roberto de Lucena (PV/SP), Marcos Rogério (PDT/RO) e José Linhares (PP/CE)¹¹. Em síntese, o projeto visa tipificar como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo e prevê penas específicas para quem induz a gestante à prática de aborto, criando um novo tipo penal ao acrescentar o art. 127-A ao Decreto-Lei nº 2.848 de 1940.

Se atualmente o aborto ainda é considerado um tabu, até mesmo nas hipóteses em que é permitido, esse projeto importa em retrocesso, principalmente nos direitos adquiridos sobre atendimento às vítimas de violência sexual. Uma vez aprovado, o projeto torna crime a atuação, sobretudo de profissionais da saúde, ao informar as mulheres sobre seus direitos e os melhores métodos abortivos. O projeto sugere que apenas seja considerada violência sexual práticas que resultam em danos físicos e psicológicos e que a prova da violência deverá ser realizada por exame de corpo de delito, dificultando o acesso ao aborto já legalizado e o atendimento regulamentado pela Lei 12.845/2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual.

Em outubro de 2015 o projeto recebeu parecer favorável do Relator, deputado Evandro Gussi (PV/SP), sendo aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara de Deputados. Desde então, o PL 5.069/2013 encontra-se pronto para a pauta no Plenário da Câmara, e, se aprovado, deve seguir para o Senado.

Outro Projeto de Lei que merece destaque é o PL 478/2007, conhecido como Estatuto do Nascituro, de autoria dos deputados Luiz Bassuma (Ex-PT/BA, partido do qual foi expulso em virtude deste projeto, e atualmente filiado ao Avante, antigo PTdoB) e Miguel Martini (PHS/MG). A proposta inicial do projeto previa um Estatuto com 32 artigos dispendo sobre a proteção integral ao nascituro. O conceito de nascituro adotado inclui seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

Apesar de reconhecer que o nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, o Estatuto garante a proteção a expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade ao ser humano concebido.

¹¹ O nome dos autores e os partidos ao qual estavam filiados quando da propositura do projeto 5.069/2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565882>. Acesso em 21 de maio de 2018.

Além de todos os direitos inerentes ao nascituro, na qualidade de criança por nascer, a proposta inova na parte penal. Cria-se a modalidade culposa do aborto, que atualmente só é punível a título do dolo. Cria-se também o crime de anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto (proposta do PL 5.069/2013), conduta que hoje é considerada contravenção penal. Elencam-se ainda vários outros crimes contra a pessoa do nascituro e, por fim, enquadra-se o aborto entre os crimes hediondos.

É perceptível que a aprovação desse projeto significaria retrocesso total, já que elimina até mesmo a possibilidade da interrupção da gravidez nos poucos casos hoje permitidos, como de estupro e risco de vida da gestante. Foram apensados ao projeto inicial outros PLs que preveem pena de detenção de um a três anos para quem realizar pesquisa com célula-tronco (PL 489/2007); a concessão de pensão à mãe que mantenha a criança nascida de gravidez decorrente de estupro (PL 1.763/07 e PL 3.748/08), que ficou popularmente conhecida como “bolsa-estupro”. Nesses casos, se identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia. Dessa forma, além de perde o direito ao aborto nessas circunstâncias, a mulher deverá aceitar a pensão alimentícia do filho por parte de quem lhe violentou sexualmente.

Em maio de 2010 o projeto foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) da Câmara dos Deputados, seguindo o voto da Relatora, deputada Solange Almeida (PMDB-RJ). O PL seguiu para a Comissão de Finanças e Tributação (CFT), onde Eduardo Cunha (PMDB/RJ) assumiu a relatoria em abril de 2012, e teve seu relatório favorável ao projeto aprovado em junho de 2013. No mesmo mês, o deputado Pastor Marco Feliciano (PSC-SP) apresentou ao plenário requerimento de redistribuição do projeto para que o mesmo tramitasse pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

Após algumas movimentações, o projeto recebeu parecer favorável do relator, deputado Marcos Rogério (DEM-RO), sendo aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara de Deputados em junho de 2017, e seguiu para a aprovação do plenário. O deputado Glauber Braga (PSOL-RJ) apresentou ao plenário requerimento de redistribuição do PL para análise de mérito na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER). Na CMULHER o Estatuto do Nascituro recebeu Nota Técnica da Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres, da Presidência da República, manifestando-se desfavorável ao PL nº 478 de 2007 e as proposições a ele apensadas, pois ferem direitos já garantidos em lei. Na conclusão da nota técnica, considerou-se a necessidade de resguardar os Direitos Humanos das mulheres, dentre eles os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia e

a integridade física e psíquica das mulheres (BRASIL, 2017, p. 8).

O PL 478/2007 continua na CMULHER, onde foi designado como Relator o deputado Diego Garcia (PHS-PR). Se aprovado nessa comissão, o projeto segue para aprovação no plenário.

Outros projetos em tramitação são o PL nº 461 de 2016, de autoria do Senador Pastor Valadares (PDT/RO), e o PL nº 46 de 2017, de autoria do Senador Magno Malta (PR/ES), ambos foram apresentados em resposta a decisão do Habeas Corpus nº 124.306. O projeto do senador Pastor Valadares propõe a inclusão do art. 127-A ao Código Penal, com a seguinte redação “Para os fins do disposto nos arts. 124 a 126 deste Código, considera-se aborto a interrupção da vida intrauterina em qualquer estágio da gestação”. O projeto escrito pelo Senador Magno Malta objetiva criminalizar a prática do aborto em qualquer fase da gestação, prevendo que seja inserido nos artigos 124 a 126 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, a expressão “em qualquer fase da gestação”. Atualmente ambos os projetos encontram-se na CCJC, o PL nº 461 de 2016 aguarda designação de relator, e o PL nº 46 de 2017 encontra-se pronto para a pauta na CCJC e tem como relator o senador Ricardo Ferraço (PMDB/ES).

Além dos Projetos de Lei citados, algumas propostas objetivam restringir o direito ao aborto legal, conforme já previsto em lei, por meio de alteração do texto constitucional. Algumas Propostas de Emenda Constitucional visam garantir a inviolabilidade da vida desde a concepção. Em que pese as especificidades do processo legislativo para a aprovação de emenda constitucional, que deve seguir as regras do art. 60 da Constituição Federal, essas propostas representam sérios riscos aos direitos sexuais e reprodutivos já conquistados pelas mulheres. Passa-se a análise das principais propostas de Emenda Constitucional em tramitação.

Em maio de 2012, os deputados federais Eduardo Cunha (PMDB/RJ) e João Campos (PSDB/GO) foram autores da proposta de emenda constitucional nº 164. A referida PEC tem como objetivo dar nova redação ao caput do art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer a “inviolabilidade do direito à vida desde a concepção”.

A última ação legislativa da proposta foi no início de 2015, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara de Deputados, onde foi designado Relator, o deputado Rodrigo Pacheco (PMDB/MG), que ainda não apresentou parecer. No final de 2016, em resposta ao voto favorável à descriminalização do aborto pelo ministro do STF, Luís Roberto Barroso, o presidente da Câmara, Rodrigo Maia, ameaçou criar uma Comissão

Especial para avaliar essa PEC, alegando usurpação da prerrogativa do Congresso Nacional, que é a de legislar e, neste sentido, também de ratificar ou não a decisão do Supremo. A matéria ainda não foi votada pela CCJC e, por isso, a PEC 164/2012 não pode ser objeto de Comissão Especial.

Outra proposta, no mesmo sentido, teve iniciativa no Senado Federal, a PEC nº 29, de 2015. Essa PEC é de autoria conjunta de 27 senadores¹², dentre eles o Senador Magno Malta (PR/ES), autor de projetos como o Escola Sem Partido, Aécio Neves (PSDB/MG), afastado por duas vezes do mandato pelo STF durante o ano de 2017 sob suspeita de corrupção e obstrução de justiça em razão da Operação Lava Jato, Ricardo Ferraço (PMDB/ES), relator da reforma da trabalhista, e Paulo Paim (PT/RS), autor de projetos progressistas como o Estatuto da Igualdade Racial e coautor do Estatuto da Pessoa com Deficiência e também autor da CPI da Previdência.

Essa proposta de emenda constitucional, iniciada no Senado Federal, prevê exatamente a mesma proposta da PEC 164/2012, acrescentar no art. 5º, a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”. A proposta encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça do Senado pronta para a pauta, pois o Relator, Senador Eduardo Amorim (PSC/SE) apresentou, em maio de 2017, seu parecer pela aprovação da PEC. Se aprovada na comissão, a proposta segue para o plenário, pois não existe no Senado a regra de constituir comissões especiais para análise de PEC.

Ainda há outras propostas de emenda constitucional que vêm ganhando maior visibilidade, pois também objetivam restringir o direito ao aborto legal. Primeiramente, observa-se a PEC 58/2011, de autoria do deputado Jorge Silva (PDT/ES), que é médico, e tinha como objetivo alterar a redação do inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal para estender a licença maternidade em caso de nascimento prematuro à quantidade de dias que o recém-nascido passar internado. Nesses termos, a PEC, que teve como relator o deputado Marcos Rogério (PDT/RO), foi aprovada na CCJC da Câmara Federal em março de 2013.

Aparentemente, essa é uma proposta benéfica às mulheres, pois amplia os direitos da mulher trabalhadora, ampliando o prazo de licença-maternidade para mães de bebês prematuros ao prever que o tempo de internação do bebê até a alta hospitalar deve ser acrescido à licença de 120 dias da mãe.

¹² Lista completa de senadores autores da PEC nº 29 de 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/120152>. Acessada em 21 de maio de 2018.

Porém, durante a tramitação da PEC, orquestrou-se uma manobra para inserir na proposta alterações a respeito da tutela do Estado sobre o embrião (óvulo fecundado), tornando-o sujeito de direito igual a qualquer pessoa nascida viva. Em novembro de 2016, em reação à decisão do STF no Habeas Corpus nº 124.306, o presidente da Câmara, o deputado Rodrigo Maia, instituiu Comissão Especial para avaliar a PEC 58 e os projetos a ela apensados, discutindo, além da ampliação da licença-maternidade, a legalidade do aborto no Brasil.

Vale ressaltar que a PEC 181 de 2015, de autoria do Senador Aécio Neves (PSDB/MG), possui o mesmo teor da PEC 58/2011, objetivando a ampliação do prazo da licença-maternidade em caso de nascimento prematuro, à quantidade de dias que o recém-nascido passar internado. A proposta foi encaminhada à CCJC, em fevereiro de 2016, tendo como relatora a Deputada Gorete Pereira (PR/CE), cujo parecer favorável foi aprovado em maio de 2017. Depois dessa aprovação, a Mesa Diretora determinou formalmente, em razão da correlação das matérias, o apensamento da PEC 58/2011 à PEC 181/2015, e decidindo que a Comissão Especial destinada a apreciar a PEC 58/2011, passasse a apreciar a PEC 181/2015.

Ambas as PECs (PEC 58/2011 e PEC 181/2015) atualmente tramitam juntas na Comissão Especial, onde o relator, deputado Jorge Tadeu Mudalen (DEM/SP), decidiu incluir no seu parecer, substitutivo às propostas de emenda, em clara resposta às decisões do STF. A alteração na proposta original, inclui mais dois artigos à emenda, correspondendo a mais duas alterações ao texto constitucional. Uma dessas alterações (art. 2º da PEC) refere-se a seguinte redação dada ao inciso III do art. 1º da Constituição Federal “*III- dignidade da pessoa humana, desde a concepção;*”. Outra alteração proposta (art. 3º da PEC), foi acrescentar no caput do art. 5º da Constituição Federal a “*inviolabilidade do direito à vida desde a concepção*”.

Em Reunião Deliberativa Ordinária, ocorrida em novembro de 2017, a Deputada Erika Kokay (PT/DF) apresentou requerimento à Comissão Especial para que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, se pronunciasse sobre os artigos 2º e 3º do Substitutivo do Relator à PEC 181/15. O requerimento foi rejeitado, assim como os requerimentos de retirada de pauta e de adiamento de discussão. Foi aprovado o parecer do relator, com o substitutivo, por 18 votos favoráveis e apenas 1 voto contra, da Deputada Erika Kokay, única mulher presente, do total de 19 deputados votantes.

A PEC 181 de 2015 (com a PEC 58/2011 apensada) aguarda votação no plenário,

onde deve ser apreciada em dois turnos. Uma vez inserida no texto constitucional, a proposta inviabilizaria qualquer discussão sobre aborto no Brasil, além de criminalizar os casos em que o procedimento hoje é permitido.

Essa proposta de emenda foi apelidada como “Cavalo de Tróia” por ativistas pelos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, pois nasceu com uma boa intenção, ampliar o direito de licença-maternidade para as mães de filhos prematuros, porém, ao chegar na Comissão Especial, teve seu conteúdo substancialmente alterado para acomodar a definição de que a vida começa já na concepção, conceito-chave defendido por aqueles que são contrários ao direito da mulher de interromper uma gravidez indesejada.

Após a aprovação do parecer do relator na comissão especial, protestos contra a PEC 181/2015 ocorreram em várias cidades do país. Outros esforços convergiram, como uma petição online da Avaaz relacionada ao aborto, que chegou à marca de 173.000 assinaturas, além de campanha de envio maciço de cartas a parlamentares condenando a PEC 181/2015, por iniciativa da Anistia Internacional e da robô Beta. O maior momento da pressão sobre os legisladores foi a entrega da Carta aos Parlamentares, contendo 400 assinaturas de mulheres com visibilidade pública (artistas, acadêmicas, etc) e 142 assinaturas de organizações, pedindo o bloqueio da PEC 181, entregue ao Presidente da Câmara, deputado Rodrigo Maia, no dia 5 de dezembro, por representantes da Frente Nacional contra a Criminalização das Mulheres pela Legalização do Aborto¹³.

Ainda que haja inúmeros esforços dos movimentos de mulheres para impedir o avanço dessas propostas legislativas, estas representam graves ameaças aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Como visto no capítulo anterior, o processo de construção dos direitos reprodutivos e direitos sexuais se integra ao processo mais amplo do movimento dialético de construção da democracia (ÀVILA, 2003, p. 467). Também se ressalta a necessidade de tratar esses direitos em um sentido igualitário e libertário.

Como afirmaram Petchesky e Corrêa (1996, p 153), os significados de direitos sexuais e reprodutivos se expandiram para englobar necessidades sociais que impedem uma real escolha sexual e reprodutiva para a maioria das mulheres do mundo, que são pobres. Porém, como demonstra os projetos de lei e de emendas constitucionais mencionados, o aborto tende a permanecer à margem da discussão política, como uma questão moral, pautada

¹³ Carta aos Parlamentares. Disponível em: <https://frentelegalizacaoaborto.wordpress.com/2017/12/11/carta-ao-parlamento-brasileiro/>. Acessada em 22 de maio de 2018.

pelos parlamentares mais conservadores. Não é possível analisar a questão do aborto desconectada ao debate sobre democracia.

O DIAP, Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, produz uma Radiografia do Novo Congresso a cada eleição. Sobre as eleições de 2002, o departamento indicava que a bancada evangélica havia mantido seu tamanho, contando com aproximadamente 50 deputados. Em 2006, o espaço reservado para a bancada evangélica aumentou no documento, devido à ampliação de sua atuação, mas o número de deputados evangélicos eleitos diminuiu, passando para 32. Em 2010, a bancada voltou a crescer, com a eleição de 70 deputados. Logo após o primeiro turno as eleições de 2015, mostrou-se que a bancada evangélica está representada na atual composição da Câmara por 74 deputados (MARIANO; BIROLI, 2017).

Percebe-se assim, que a bancada evangélica tem ganhado bastante espaço no cenário político, de forma que o debate sobre o aborto, ao surgir como uma questão moral, é colocado pelas igrejas no topo da sua pauta. Como observa Luis Felipe Miguel (2012, p. 664), os defensores da descriminalização têm dificuldade para fazer a questão do aborto uma prioridade política, enquanto, de outro lado, existem muitos deputados que fazem da negação do direito ao aborto seu cavalo de batalha. A Frente Parlamentar em Defesa da Vida (sic) – Contra o Aborto congregava, em 2012, mais de 200 parlamentares, isto é, um terço do Congresso Nacional.

O debate sobre o aborto expõe as lacunas que o Estado brasileiro apresenta com o princípio da laicidade e a presença de filtros sistemáticos e diferenciados que se impõem para o acesso dos grupos sociais ao parlamento. O direito ao aborto é discutido como uma questão moral e é recusado com base em crenças religiosas, ainda que as posições contrárias não se expressem exatamente nesses termos. Os recursos mobilizados pelas igrejas e seu acesso privilegiado a concessões de rádio e televisão são a base para a construção das carreiras políticas de seus integrantes (MARIANO; BIROLI, 2017).

Alertando que a questão da laicidade do Estado nunca esteve completamente resolvida no Brasil, Miguel (2012, p. 661-662) explica como as lacunas a laicidade estatal desrespeita os preceitos de funcionamento da democracia:

Isso porque o reconhecimento da liberdade de crença religiosa, como direito liberal, e a necessidade da laicidade do Estado, como imperativo democrático, convergem para uma separação estrita entre religião e política que possui uma consequência prática particularmente relevante. Ela implica o abandono, por parte da religião, de qualquer pretensão de se impor coercitivamente. A adequação às normas de comportamento determinadas pela religião deve ser voluntária, motivada apenas

pelo proselitismo. Isso significa que os próprios religiosos devem se abster de tentar instrumentalizar o Estado em favor de suas crenças particulares. O uso do mecanismo eleitoral como forma de chantagem que obriga a decisão política a se curvar a preceitos religiosos fere, assim, princípios basilares tanto do liberalismo político quanto da democracia.

O autor aponta como questão central a defesa do direito ao aborto como direito vinculado à autonomia individual e à laicidade do Estado, necessária para o exercício da democracia (MIGUEL, 2012, p. 668).

Atualmente, as demandas levadas ao Poder Judiciário levantam a questão sobre até que ponto pode caminhar o Poder Judiciário na concretização desse direito (o aborto, como direito à saúde), num regime democrático em que, diante da limitação das verbas disponíveis, as decisões sobre prioridades nos gastos cabem, em regra, ao Legislativo. De acordo com Sarmiento (2005, p. 38), tem-se entendido que o Judiciário não só pode como deve assegurar, mesmo contra a vontade dos poderes políticos, o conteúdo básico dos direitos fundamentais prestacionais, uma vez que a garantia efetiva deles é condição para a vida digna e constitui pré-requisito para a própria democracia.

Ainda assim, como ressaltado na primeira parte deste capítulo, a legislação regulamentadora não pode ser editada pelo Poder Judiciário e não bastaria, para solucionar este problema, a simples descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, dentro de determinados prazos e condições, como propõe a ADPF 442. Apesar de representar um grande avanço na proteção dos direitos humanos das mulheres, essa descriminalização pouco adiantaria se os procedimentos médicos não pudessem ser realizados gratuitamente, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pois, do contrário, as mulheres pobres continuariam fatalmente exposta à mesma via crucis, em detrimento da sua saúde e expostas aos mesmos riscos de vida (SARMENTO, 2005, p. 42).

É preciso então fazer o debate sobre o aborto dentro de um debate mais amplo sobre a democracia. O direito ao aborto se estabelece como condição necessária para o acesso pleno de mulheres a esfera política (MIGUEL, 2012, p. 659). Essa questão perpassa o entendimento de que mulheres são sujeitos de direitos, que sua cidadania será exercida em condições de igualdade de gênero.

5. CONCLUSÃO

A atual discussão sobre a legalidade da prática abortiva no Brasil, dentro da sua complexidade e delicadeza, não se esgota neste estudo, pois trata-se de um tema profundo que perpassa por discussões mais amplas. A observação da proibição do aborto foi feita a partir de seus aspectos criminológicos, que foram analisados pelo viés da teoria crítica da criminologia.

Demonstrou-se a relação social de poder exercida por meio da legislação penal. O biopoder, que, no limite entre o biológico e o econômico, controla as condutas humanas, sobretudo, o comportamento sexual, atingindo de forma mais específica às mulheres na criminalização do aborto. Conclui-se que o processo de criminalização de mulheres é revestido de conteúdos morais e valorativos. O sistema punitivo exerce um controle tão forte sobre o corpo das mulheres que fere sua dignidade enquanto sujeito de direitos, pois, ao ter retirada sua autonomia, a mulher deixa de pertencer de si mesmas, sendo instrumentalizada na reprodução.

Muitas vezes, a criminalização primária, aquela feita em abstrato pela lei, é suficientemente excludente e segregadora para as mulheres, no caso do tipo penal descrito no art. 124 do Decreto Lei nº 2.848 de 1940. As hipóteses de aborto legal contidas no art. 128 do Código Penal também já são insuficientes para garantir a interrupção da gestação quando esta demonstra menor dor e sofrimento a mulher, seja por estar grávida de um filho natimorto, ou por outras circunstâncias.

A permissão do aborto ainda é condicionada a motivos excepcionais, de forma que a interrupção da gestação nunca pode ser feita de forma voluntária e autônoma, mas sim, dependente de circunstâncias que condicionem a vida da mulher e o seu sofrimento, como se a maternidade sempre fosse uma dádiva indolor, retirando da mulher o controle do seu próprio corpo e integridade.

É preciso ressaltar que a observação neste estudo partiu de um olhar sobre a realidade de desigualdade da nossa sociedade, levando-se em conta as condições materiais objetivas que restringem o acesso à saúde, à educação sexual e reprodutiva, à discussão sobre gênero e sexualidade, dentre outros direito que não são efetivamente aplicados ou acessíveis a todos. Ou seja, nesse contexto de pouco acesso à direitos, da mulher é retirada a tutela sobre o seu próprio corpo por uma restrição penal em abstrato que não considera objetivamente o

problema social do aborto, no qual algumas mulheres abortam de forma insegura e outras morrem tentando abortar. Esse controle sobre o corpo da mulher tem consequências mais violentas sobre mulheres pobres, com menor acesso a métodos contraceptivos, à educação sexual e a um aborto acompanhado de profissionais de saúde.

Evitou-se adentrar a discussão acerca do início da vida, uma vez que é um conceito indeterminado, não descrito em pelas normas jurídicas, e que admite respostas plurívocas. Com certeza a descriminalização do aborto perpassa por um longo debate que está longe de ser consensual.

Esse debate deve analisar quais os critério jurídicos a serem adotados pela legislação sobre inúmeras questões, como por exemplo: até qual período de gestação seria admitido o aborto voluntário; se em outro período maior seria permitido o aborto em caso de estupro ou a interrupção voluntária da gestação por razões mais excepcionais, como a inviabilidade da vida extrauterina e o risco de vida ou complicação irreversível da saúde da gestante; quais seriam os trâmites formais e o procedimento a ser seguido nos hospitais, qual a equipe que atenderia a mulher que desejasse fazer um aborto; se seria fornecido um atendimento integral com explicação sobre os métodos abortivos mais seguros e adequados para cada semana de gestação; quais os profissionais que acompanhariam essa mulher (médico, psicólogo, assistente social, etc); se seria implementado um “período de reflexão”, que refere-se a um prazo obrigatório de dias de reflexão que adiam o aborto, utilizado em outros países com intuito de pressionar a mulher psicologicamente a desistir do aborto; dentre outros aspectos que englobam um modelo de legalização a ser definido.

Na sociedade só se estimula a redução da prática de determinado comportamento se houverem políticas públicas de promoções de direitos que incidam nas causas desse comportamento, não apenas nas suas consequências. Porém, ainda que a prática abortiva seja indesejada moralmente pela sociedade, isso não implica em diminuição dessa prática, pois está estreitamente vinculada a liberdade individual e a autonomia da mulher.

Buscando compreender os direitos sexuais e direitos reprodutivos como direitos fundamentais, encontrou-se a concepção desses direitos como conquistas de movimentos sociais, dentre eles as articulações feministas, que lutaram e ainda lutam pelo reconhecimento desses direitos como valores democráticos. As mulheres lograram o reconhecimento da divisão de duas diferentes esferas de suas vidas: a reprodução e a sexualidade. Rompendo, assim, com a moral conservadora que reduz a mulher a reprodução.

Os conceitos de direitos sexuais e de direitos reprodutivos ainda não são previstos no ordenamento pátrio, sendo necessário recorrer ao direito internacional, reconhecido pelo Brasil, que marcou a positivação desses direitos como direitos humanos das mulheres. Destacou-se duas grandes Conferências realizadas pelas Nações Unidas (ONU).

A primeira delas foi Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, que deslocou o debate de controle de natalidade da esfera demográfica e colocou na esfera dos direitos humanos, estabelecendo saúde e direitos reprodutivos como valores em si, bem como colocou homens e mulheres sujeitos desses direitos de reprodução e sexualidade. A segunda delas foi a IV Conferência Mundial da Mulher, que ocorreu em Pequim, em 1995, na qual estabeleceu-se novos métodos de intervenção na saúde reprodutiva.

Ambas as conferências reafirmaram o dever dos Estados na promoção independente da saúde sexual e da saúde reprodutiva, entendendo ambas como integrantes também de outros direitos individuais e sociais, favorecendo a ampliação gradativa do conteúdo desses direitos.

Para aplicar esses conceitos no ordenamento brasileiro é preciso fazer uma interpretação deles enquanto direitos fundamentais, procurando os princípios e regras constitucionais que podem dar-lhe sustentação. Para tanto, usou-se a teoria de direitos fundamentais desenvolvida por Dimoulis e Martins (2014), na qual a fundamentalidade formal, referente a força jurídica constitucional, pode se dar por condições necessárias (força jurídica própria) ou por condições suficientes (quando todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, mesmo quando seu alcance e/ou relevância social forem relativamente limitados).

Por tal análise, os direitos fundamentais não se restringem às cláusulas pétreas contidas no art. 60, §4º da Constituição Federal, sendo permitida em sua definição uma interpretação sistemática do conjunto dos princípios e regras positivadas nas normas constitucionais. Ressalta-se que nenhum direito pode ser deduzido da natureza humana, pois direitos se fundamentam em normas jurídicas. Sem o reconhecimento legal, tem-se apenas uma reivindicação política, pois a promoção de direitos pelo Estado só é possível a partir da sua regulamentação, uma vez que o poder público rege-se pelo princípio da legalidade, só atuando em estrito cumprimento de termos legais. Conclui-se que ordenamento jurídico não pode ser naturalizado como condição da espécie humana, sob pena legitimação do sistema capitalista e de injustiças sociais, bem como a permissão a retrocesso em direitos.

Há um conjunto de garantias constitucionais apresentados inicialmente, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, à liberdade individual, à autonomia sobre o próprio corpo, o direito à intimidade e à privacidade, bem como a igualdade entre homens e mulheres; por serem suficientes para permitir a regulamentação dos direitos sexuais e reprodutivos, dentre eles o direito ao aborto. Porém, outros fundamentos constitucionais também são apresentados nas atuais discussões sobre a regulamentação do aborto no Brasil.

Com a observação das hipóteses de aborto legal no Brasil analisou-se também o marco histórico feito pelo julgamento da ADPF 54, que autorizou a prática da antecipação terapêutica do parto. Ao demandar a interrupção voluntária da gestação em caso de fetos anencéfalos, o pedido adotou a terminologia de Antecipação Terapêutica do Parto (ATP), considerando que dado o período avançado da gestação em que pode ser feita, não se trataria de hipótese de aborto. A terminologia adotada foi importante para que os julgadores diferenciarem essa prática do aborto, tanto que, em alguns votos favoráveis, foi levantada a interpretação pela atipicidade da conduta.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o caso, salientou que a laicidade do Estado Democrático de Direito deveria nortear aquela decisão. Precisava-se de um olhar livre de interpretações morais subjetivas e religiosas sobre início ou fim da vida, para isso era necessário encontrar critérios jurídicos que embasassem a procedência do pleito. Decidiu-se pela adoção do critério da morte cerebral adotado na Lei nº 9.434/97, que autoriza o transplante de órgãos, para considerar o feto anencéfalo como natimorto. Dessa forma, a ATP não pode ser caracterizada como prática de aborto eugênico, uma vez que a vida extrauterina não é viável.

O bem jurídico tutelado no direito penal no crime de aborto é a vida, e seria completamente ineficaz a proteção desse bem em detrimento do direito da mulher gestante, uma vez que o que mantém o feto vivo é a ligação uterina com a mãe, sendo inviável a vida extrauterina por mais de poucas horas. Ressaltou-se também que o direito à vida, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto por si só, e, em uma ponderação de valores, deve prevalecer a saúde física e psicológica da gestante ao caso, bem como a sua autonomia, podendo escolher pela antecipação terapêutica do parto ou não.

Outro ponto relevante foi o entendimento que o Código Penal de 1940 não poderia prever tal possibilidade por ausência de tecnologia disponível para o diagnóstico desse tipo de anomalia fetal que inviabiliza a vida extrauterina, mas que a hipótese

contemplava a vontade do legislador, uma vez que já havia estabelecido prioridade à saúde psicológica da mulher na permissão de aborto em caso de estupro. Alguns votos levantaram a hipótese de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, como o estado de necessidade ou a inexigência de conduta diversa.

O julgamento realizado em 2012 marcou o fim da ADPF 54 que tramitou por 8 anos, e teve o seu caminho inter cruzado pelo julgamento da ADI 3.510/05, que questionava a constitucionalidade da lei de Biossegurança em razão da fertilização *in vitro*, ação na qual foram convocadas as primeiras audiências públicas na história do STF, em 2007. As audiências públicas deram uma nova dinâmica a Corte constitucional, tornando-a um espaço mais democrático para a intervenção da sociedade em casos importantes. Essas também foram utilizadas para o julgamento da ADPF 54.

Analisando a atual discussão sobre o aborto, ainda no poder judiciário, observou-se as ações em curso e os julgados mais recentes para entender sob quais fundamentos o direito ao aborto vem sendo pleiteado e as posições que já foram assentadas sobre o tema. Da ADI 5.581, ajuizada em 2016, ainda sem julgamento, ressalta-se o conteúdo do documento emitido por Relatores Especiais do Conselho de Direitos Humanos da ONU, dirigido à presidência do Tribunal, no qual a negação de serviços de aborto pode chegar ao nível de tortura e/ou tratamento cruel, desumano ou degradante.

Esse documento objetiva ajudar no julgamento da ação que pede ao STF que interprete conforme a Constituição os arts. 124, 126 e 128 do Código Penal para declarar inconstitucional a interpretação que tipifica a interrupção da gestação em relação a mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus Zika e optar pela prática do aborto.

Atualmente o precedente mais importante da Corte constitucional, no que se refere a descriminalização do aborto, é a decisão do Habeas Corpus nº 124.306/RJ. Nela o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que a tipificação penal do aborto voluntário, antes de concluído o primeiro trimestre de gestação, viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Essa decisão não tem efeitos vinculante e o pedido tratava-se apenas da soltura de profissionais presos em flagrante em uma clínica de aborto clandestina. Ainda assim, esse julgamento gerou diversas reações, tanto de setores conservadores, como de setores mais progressistas.

A decisão do Ministro Barroso inspirou o ajuizamento da ADPF 442 apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em março de 2017, objetivando a não recepção

parcial dos artigos 124 e 126 do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal), excluindo do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez.

Da análise dos precedentes e dessas ações em curso no STF, conclui-se que é preciso refletir sobre a mitigação do direito ao aborto pela via judicial, entendendo as limitações desse caminho. A Suprema Corte tem legitimidade para proferir decisões sobre a descriminalização do aborto, atuando pela redução de um Estado penitência, e abrindo um caminho para a regulamentação dos direitos sexuais e reprodutivos pelo poder legislativo. Por outro lado, somente a descriminalização não garante o acesso ao aborto seguro a todas as mulheres, sendo preciso ir além da esfera judicial, pleiteando o direito ao aborto no poder legislativo.

Passando o olhar para o poder legislativo, observou-se alguns projetos de lei e de emendas constitucionais que representam ameaças aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Os projetos de lei analisados propõem, em resumo: dificultar o acesso ao aborto já legalizado, criminalizando quem informa a mulher sobre métodos abortivos ou induz a gestante à prática de aborto; estabelecer o Estatuto do Nascituro, dando proteção jurídica integral ao nascituro desde a concepção, criando a modalidade culposa de aborto, vários outros crimes contra a pessoa do nascituro e enquadrando o aborto como crime hediondo; criminalizar a prática do aborto em qualquer fase da gestação.

Alguns desses projetos foram impulsionados por uma reação ao julgamento do HC nº 124.306, em uma resposta do poder legislativo que se mostra uma instância conservadora e com poucas mulheres. Também houveram reações com propostas de Emendas Constitucionais. Estas também foram observadas, e, em resumo, propõem inserir no texto constitucional “a inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”.

Ressaltam-se as PECs nº 58/2011 e nº 181/2016 que atualmente tramitam juntas em Comissão Especial. Ambas aparentavam ser propostas benéficas às mulheres, pois objetivavam inicialmente proteger os direitos da mulher trabalhadora, ampliando o prazo de licença-maternidade para mães de bebês prematuros. Porém, durante a tramitação houve alteração da proposta original, incluindo mais dois artigos à emenda para inserir a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção. Por essa razão, essas PECs, ficaram conhecidas como “Cavalo de Tróia” e são atacadas pelos movimentos de mulheres que lutam pelos direitos sexuais e reprodutivos.

Conclui-se que o aborto é discutido pelos parlamentares como uma questão moral. Ao longo do tempo, o Congresso Nacional vem se tornando um espaço mais conservador, com um aumento de parlamentares da bancada evangélica e ligados a igreja católica. O debate sobre aborto expõe como o princípio da laicidade não é observado no Estado brasileiro, uma vez que há uma grande inserção das igrejas e templos nos espaços de poder.

Assim, a democracia resta fragilizada, uma vez que se observa também que o acesso de mulheres a esfera política é extremamente restrito. Dessa forma, o Poder Judiciário, contra a vontade dos poderes políticos, vem assegurando o conteúdo básico dos direitos fundamentais, e pode vir a apreciar o pedido da ADPF 54, descriminalizando o aborto praticado nas 12 primeiras semanas de gestação.

Ressalta-se, por fim, que a descriminalização pouco adianta se os procedimentos não puderem ser fornecidos no Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que as mulheres pobres iriam continuar sem acesso ao aborto seguro e expostas aos riscos de vida e a saúde que isso implica.

A principal contribuição deste trabalho, ao questionar o crime de aborto sob a perspectiva da criminologia crítica e observar as atuais discussões sobre aborto, é concluir que a atual legislação não atende mais aos anseios das mulheres por justiça reprodutiva. A proibição do aborto fere a dignidade humana e a cidadania das mulheres, discriminando estas e afastando-as da esfera política.

A proibição da prática abortiva mostrou-se desproporcional, não impedindo a prática de abortos clandestinos e sendo ineficaz na proteção do direito à vida, ocasionando a morte de inúmeras mulheres. Apesar do avanço dessa discussão, sobretudo no poder judiciário, é preciso pensar políticas que garantam a participação das mulheres na esfera política. Assim, estas podem defender seus interesses, regulamentando os direitos sexuais e reprodutivos, dentre eles o aborto.

Qualquer discussão que seja feita sobre aborto deve priorizar o protagonismo das mulheres, os principais sujeitos que são atingidos pela legislação repressora. A ausência delas nos espaços de poder demonstra o quanto as mulheres ainda não são consideradas sujeitos de direitos em condições de igualdade com os homens, sendo sub representadas. Isso afeta diretamente a democracia brasileira, surgindo várias ameaças legislativas aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILA, Maria Betânia. **Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde.** Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 19(Sup. 2): S465-S469, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL, 2016. Habeas Corpus 124.306. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>> Acesso em 22 de maio de 2018.

BRASIL, 2017. Nota Técnica nº 26/2017/SAIAT/SPM-Gab/SPM, da Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1603863&filena me=Tramitacao-PL+478/2007> Acesso em 24 de maio de 2018.

BRASIL, 2017. Parecer do Relator Deputado Jorge Tadeu Mudalen a Proposta de Emenda Constitucional nº 181, de 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1586817&filena me=Parecer-PEC18115-16-08-2017> Acesso em 20 de maio de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Magnitude do Aborto no Brasil. Aspectos Epidemiológicos e Sócio-Culturais. Abortamento Previsto em lei em situações de violência sexual** – Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

BORDELÓN, Encarna. BERGALLI, Roberto. **La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico.** Anuário de filosofia del derecho, 1992. p. 43-73.

CAETANO, André Junqueira; ALVEZ, José Eustáquio Diniz; CORREA, Sônia. **Dez anos do Cairo: tendências da fecundidade e direitos reprodutivos no Brasil** – Campinas: Associação Brasileira de Estudos Populacionais - ABEP, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CORREA, Sônia; PETCHESKY, Rosalind. **Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista.** Physis, Rio de Janeiro, v.6, n.1/2, p.147-77, 1996.

CRUZ SANTOS, Vanessa, FERRAZ DOS ANJOS, Karla, SOUZAS, Raquel, GONÇALVES EUGÊNIO, Benedito, **Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública.** Revista Bioética [en línea] 2013, 21 [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2018] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533263014>> ISSN 1983-8042

DA MATA CORRÊA, Antônio Henrique; VIANA CAMPOS, Ana Cristina. **Antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo: uma discussão necessária.** Revista Bioética, v. 20, n. 3, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que é crime**. Rio de Janeiro: 2 ed., Editora Brasiliense, 1998, p. 14.

EMMERICK, Rulian. **Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia**. Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 28.

HABERMAS, Jürgen, 1929. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?**. Tradução: Karina Jannini; revisão da tradução: Eurides Avance de Sousa – 2ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

HUNT, Mary. **O direito humano à justiça reprodutiva: uma perspectiva feminista teo-ética**. Mandrágora, v. 13, n. 13, p. 39-44, 2007.

MAIA, Gretha Leite. **Estado de Direito e Biopolítica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. **O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares**. cadernos pagu, n. 50.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a Criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. Brasília: UNB. Departamento de Direito, 2012.

MIGUEL, Luis Felipe. **Aborto e Democracia**. Revista Estudos Feministas, v. 20, n. 3, p. 657-672, 2012.

MORI, Maurizio. **A Moralidade do Aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher**. Tradução de Fermin Roland Schramm. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 85-87.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo. Editora Acadêmica, 1994.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PSOL, Partido Socialismos e Liberdade, 2017. ADPF 442. Advogadas: Luciana Boiteux, Luciana Genro, Gabriela Randon, Sinara Gumieri. Disponível em, <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>> Acessado em 20 de maio de 2018.

Relatores Especiais independentes do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). Disponível em, <http://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2016/11/parecer_conselho_onu_zika_aborto.pdf> Acessado em 24 de maio de 2018.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> . Acesso em 26 de maio de 2018.

SIQUEIRA, Maria Juracy Toneli. **Saúde e direitos reprodutivos: o que os homens têm a ver com isso?** Estudos Feministas; 8(1): 159-68, 2000.

SCAVONE, Lucila. **Políticas Feministas do Aborto.** Estudos Feministas, Florianópolis, 16(2): 675-680, maio-agosto/2008

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil.** UNFPA, Brasília. 3ª ed. 2009.

World Health Organization (WHO). **The prevention and management of unsafe abortion.** Report of a Technical Working Group. Geneva, World Health Organization. 1992.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001 p. 106.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** [livro eletrônico]: parte geral - rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.