



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS-CCSA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA SANTOS

**ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A PLENA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO
PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO**

São Cristóvão
2021

PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA SANTOS

**ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A PLENA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO
PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edmilson da Silva Pimenta

São Cristóvão
2021

PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA SANTOS

**ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A PLENA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO
PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em
Direito da Universidade Federal de Sergipe, como
requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edmilson da Silva Pimenta

Aprovada em __/__/__

Banca Examinadora

Orientador: Prof^o. Edmilson da Silva Pimenta

Prof^o.

Prof^o.

AGRADECIMENTOS

Agradecer numa ocasião como esta não é tarefa fácil. Ela se torna muito mais complexa quando deve partir de alguém que teve tantas e tantas dificuldades ao longo de toda a trajetória de vida, pois é impossível fugir do clichê que não se consegue vencê-la sem ajuda de pessoas.

Na verdade, quando volto ao pretérito, custo a acreditar que de onde parti chegaria tão distante, mas isso me serve de combustível para alimentar a esperança que os dias podem ser ainda melhores, e a luta é infinita, ela só cessa quando termina a vida. Portanto, é o desafio que faz o homem viver, é acreditando que tudo pode ser melhor, que se é capaz, e descobrimos tudo isso quando construímos nossa própria história.

Gostaria muito de poder estar, neste momento tão marcante, com alguns que estavam no meu caminho, mas que infelizmente já se foram. Eles me acompanharam e me ajudaram, mas infelizmente deixaram essa vida, e no lugar ficaram as boas lembranças e o imenso vazio. Acredito que, de onde estão, devem estar a aplaudir este feito de pé e felizes por eu ter seguido. Quem sabe um dia possa encontrá-los novamente.

Sobre minha tão batalhada formação, acredito que a missão do Direito é obviamente o fazimento da justiça, e no nosso país temos que conviver diariamente com uma das piores delas: a injustiça social. De sorte, vivemos numa nação em que as pessoas têm corações bons, e apesar dos pesares, são solidárias, possuem bondade na sua essência. Ademais, em nenhum lugar do mundo a vida é um lindo arco-íris, para conseguir vencer tem que estar disposto a lutar muito e a perder, mas os que persistem, acreditam e não desistem geralmente alcançam o sonho tão almejado.

Enfim, para que aqui eu não pratique injustiças, julgando-me simples mortal por não ter condições de gratificar a altura a todos os que me ajudaram, que são muitos, agradeço aos que contribuíram para que aqui eu pudesse chegar, e estão surpresos porque aquele menino tão diferente e estranho não se conformou em parar no caminho, em morrer na praia, afinal ele continua a lutar.

Obrigado a todos!

*“O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade.”
(John Locke)*

RESUMO

O presente trabalho se trata de uma monografia, requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito na Universidade Federal de Sergipe. A questão abordada abrange a área do Direito Penal e é fruto de grande debate na comunidade acadêmica, em virtude das novas atualizações legislativas sobre o tema em todo o mundo. A problemática está voltada a análise da viabilização da plena legalização do aborto no primeiro trimestre de gestação e seus efeitos jurídicos. Para isso, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, com vasta pesquisa bibliográfica e documental. Nesse sentido, por primeiro, o estudo se inicia com a breve contextualização jurídica e histórica sobre o tema, com o intuito de compreender as suas raízes pátrias, bem como entender o impacto da legislação extravagante. Posteriormente, é apresentada a temática do aborto no direito brasileiro contemporâneo, tanto sob uma ótica constitucional, como também penalista. Após isso, é analisada a visão jurídica do embrião no primeiro trimestre de gestação, bem como os perigos do aborto clandestino. Por fim, é realizado um profundo estudo sobre os projetos de lei a respeito do tema no Brasil, bem como a importância que o HC 124.306 RJ teve para uma maior elucidação do assunto.

Palavras-chave: Direito Penal. Aborto. Gravidez. Inovações Legislativas.

ABSTRACT

The present work is a monograph, a requirement for obtaining a Bachelor of Law degree at the Federal University of Sergipe. The issue addressed covers the area of Criminal Law and is the result of a great debate in the academic community, due to new legislative updates on the subject worldwide. The problem is aimed at analyzing the feasibility of full legalization of abortion in the first trimester of pregnancy and its legal effects. For this, the hypothetical-deductive approach method was used, with extensive bibliographic and documentary research. In this sense, first, the study begins with a brief legal and historical contextualization on the subject, with the aim of understanding its homeland roots, as well as understanding the impact of extravagant legislation. Subsequently, the theme of boarding in contemporary Brazilian law is presented, both from a constitutional point of view, as well as a penal one. After that, the legal view of the embryo in the first trimester of pregnancy is analyzed, as well as the dangers of clandestine abortion. Finally, a thorough study is carried out on the bills on the subject in Brazil, as well as the importance that HC 124.306 RJ had for further elucidation of the subject.

Keywords: Criminal Law. Abortion. Pregnancy. Legislative. Innovations.

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal;
CPB	Código Penal Brasileiro;
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil;
HC	Habeas Corpus;
PL	Projeto de Lei;
STJ	Superior Tribunal de Justiça;
STF	Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E BREVE ANÁLISE DAS NORMAS JURÍDICAS RELATIVAS AO ABORTO.....	12
..... 1.1 Visão jurídica dos países contrários ao aborto.....	17
..... 1.2 Países favoráveis ao aborto e suas legislações.....	21
2 O ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	26
..... 2.1 Aborto sob a ótica constitucional.....	26
..... 2.2 Aborto e o direito penal.....	30
3 LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL TENDO COMO PARÂMETRO O PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO.....	42
..... 3.1 Visão jurídica do embrião no primeiro trimestre de gestação.....	43
..... 3.2 Os perigos do aborto clandestino.....	48
4 SÍNTESE DAS DISCUSSÕES DOS PROJETOS DE LEI SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL.....	52
5 ESTUDO DE JURISPRUDÊNCIA: ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO DO HC 124.306 RJ.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

INTRODUÇÃO

O debate acerca do aborto reverbera na sociedade jurídica desde os tempos mais longínquos. Isso porque tal tema possui bases não somente na estrutura legislativa, mas também possui forte caráter social, histórico e político.

Um dos vieses do direito é o fato de que esse deve acompanhar os avanços sociais, visto que deve impor ordem às relações sociais para afastar um ambiente em que os indivíduos agem por suas próprias razões. Nesse sentido, é imprescindível que se discutam temas de relevância social, por mais que tais temas gerem desconforto, por se tratarem de tabus ou antigos costumes culturais/ religiosos impostos.

Diante disso, urge a necessidade de discutir a respeito da temática do aborto, visto que a prática pode ser condenada por parte da população conservadora, mas que atualmente ganha uma nova roupagem, uma vez que a dignidade da mulher passou a ser enxergada também como uma prioridade.

Os debates acerca do tema residem, principalmente, na dicotomia entre o direito das mulheres de realizar o aborto, ou seja, o direito sobre sua saúde, bem estar psíquico e emocional, bem como controle populacional, em contraponto com o possível direito a vida do feto em meio a uma legislação defasada.

Se o direito deve acompanhar a dinâmica sociais, não obstante deve se emparelhar também com os avanços científicos, uma vez que não há razões para negar a ciência, por existirem crenças pautadas no conservadorismo ou no medo dessa útil e importante inovação.

Nesse sentido, diante de toda estrutura filosófica, política e jurídica associada ao assunto, não há razões para não se discutir a temática sob uma perspectiva atualizada e justa não somente para o feto, mas também levando em consideração a saúde física e psíquica da mulher.

Com base no exposto e na ressoante importância do tema, o presente trabalho monográfico procura, por primeiro, entender as bases jurídicas históricas de pensamento que permeiam o conservadorismo da proteção exacerbada ao feto, em detrimento a proteção da genitora.

Diante disso, explicar-se-á sobre a evolução histórica da jurisdição pátria a respeito do tema abortista, com a finalidade de compreender a forma que o mesmo é abordado na contemporaneidade. Ademais, será abordada também, de maneira breve,

a repercussão, desafios e perspectivas da legislação do aborto nas principais potências mundiais a fim de demonstrar os impactos da legalização no estrangeiro.

Posteriormente, será analisado de maneira mais profunda o tema diante da sua perspectiva contemporânea no direito brasileiro. Nessa oportunidade, o estudo irá se voltar a estudar a ótica do aborto tendo como base a Constituição Federal do Brasil e o Código Penal Brasileiro para que se possa compreender a importância desse assunto e seus impactos nessas duas áreas do saber jurídico.

Após a análise supracitada, o presente trabalho monográfico tratará a questão da possibilidade da legalização do aborto no Brasil, tendo como parâmetro o primeiro trimestre de gestação. Portanto, será estudada a visão jurídica que o embrião possui no primeiro trimestre de gestação e como esse entendimento poderia se adequar para uma proteção mais justa não somente ao feto, mas também a gestante.

Será tratada ainda a reverberação jurídica de uma importante questão de saúde pública, qual seja, o perigo da prática clandestina do aborto. Desta feita, o presente trabalho monográfico se propõe a problematizar não somente as consequências jurídicas, mas trazer informações dos impactos sociais pelo não acolhimento do Estado para essa prática.

Por conseguinte, o presente estudo se propõe a analisar com profundidade os projetos de lei trazidos à debate sobre o tema do aborto, como também explorar as proteções jurídicas que podem ser concedidas não somente o feto, mas a mulher em situação gestacional indesejada. Consequentemente, os projetos de lei em análise serão comparados e apresentados de forma didática a fim de demonstrar as inúmeras possibilidades jurídicas de proteção a saúde física e psíquica da mulher.

Por último, estudar-se-á acerca dos impactos trazidos com a decisão do Habeas Corpus 124.306 RJ, que trouxe uma maior elucidação para a comunidade jurídica em torno de um possível posicionamento do Supremo Tribunal Federal, caso fosse posto para apreciação do tema.

O julgado supracitado se mostrou de extrema relevância para a comunidade jurídica, pois em que pese não se tratar em suas raízes diretamente do tema abortista, necessitou ser comentado e apreciado para que fosse dada a decisão para aquele caso concreto em específico.

Nesse sentido, o posicionamento do HC 124.306 RJ abriu margem para uma análise mais profunda a respeito do tema, levando em consideração algo que não era muito comentado, qual seja, a saúde física e psíquica da mulher.

Outrossim, o referido Habeas Corpus trouxe a baila o posicionamento acerca dos princípios e o equilíbrio necessário que deve existir para a proteção dos direitos do Estado e dos direitos que refletem na dignidade do indivíduo.

Em suma, o presente trabalho monográfico se propõe a estudar o assunto de maneira atual, enveredando por análises principalmente jurídicas, mas sem olvidar da importância social do tema proposto, uma vez que se trata de uma grande polêmica no ordenamento jurídico e que deve ser discutida sem receios.

Desta feita, em que pese à evolução notória da temática na jurisdição brasileira, ainda há muito que se discutir sobre o aborto, visto que representa um interesse social que envolve não somente a área jurídica, mas também diversas áreas do saber.

Por fim, resta salientar que foi utilizada a metodologia de abordagem dedutiva, com ampla pesquisa doutrinária, documental e jurisprudencial com a finalidade de que se chegasse a uma conclusão acertada no presente trabalho monográfico.

1 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E BREVE ANÁLISE DAS NORMAS JURÍDICAS RELATIVAS AO ABORTO

Antes de adentrar profundamente na análise do aborto e suas implicações jurídicas contemporâneas, é preponderante que se faça um breve apanhado histórico

do tema, a fim de que se possa entender como ocorreu a evolução da questão do abortamento na sociedade.

A importância de se entender o caminho histórico que esse tema percorreu reverbera diretamente no seu tratamento atual, tanto sob uma ótica social quanto jurídica, visto que o Direito deve acompanhar as evoluções sociais.

Desta feita, o presente trabalho monográfico não pretende realizar uma minuciosa análise histórica do tema, mas tão somente uma ambientalização para que se possa entender com mais clareza as origens jurídicas do aborto na sociedade e suas reverberações nos dias atuais.

A prática do aborto sempre foi fruto de grande polêmica na sociedade civil, uma vez que essa é uma temática que envolve não somente o âmbito jurídico, mas que também possui bases históricas religiosas, filosóficas e políticas bem consolidadas.

Um dos mais impactantes registros acerca do aborto remonta ao Código de Hamurabi, que vigorou na Mesopotâmia no século 18 a.C. O referido código definia do artigo 209 ao 214 penalidades aqueles que batessem em uma mulher e, em razão disso, essa viesse a abortar ou falecer.¹

É preponderante que se destaque que o código supracitado não elenca quaisquer punições a mulher que pratique o autoaborto, tampouco para terceiros que as auxiliem na prática.

Nesse sentido, seguindo uma linha do tempo histórica, é possível notar que, com o surgimento do Cristianismo, o pensamento social a respeito do aborto sofreu uma grande mudança, já que envolveu a força da igreja no trato à repressão da conduta.

Nessa ótica, acerca do apanhado histórico do tema, assevera Fernando Capez (2018) que:

A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo muito comum a sua realização entre povos hebreus e gregos. Em Roma, a Lei das XII Tábuas e as Leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como um ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo.(CAPEZ, 2018,p.133).

¹ Código de Hamurabi -209º -Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto. 210º -Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele. 211º -Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco siclos. 212º -Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina. 213º -Se ele espanca a serva de alguém e esta aborta, ele deverá pagar dois siclos. 214º - Se esta serva morre, ele deverá pagar um terço de mina.

Partindo desse pressuposto, se observa que a mulher possuía uma maior autonomia para escolher sobre abortar ou não abortar aquele feto. A visão romana conferia liberdade à mulher e não compreendia o feto como possuidor de direitos, já que ele, naquele momento, fazia parte do corpo da gestante.

Nesse sentido, é possível observar que a religião, mais propriamente o cristianismo, se configurou como um marco para a mudança de padrão de pensamento na civilização. Sendo assim, a questão do aborto passou por uma profunda análise quanto a sua aceitação.

Na idade média, por exemplo, seguindo a lógica aristotélica, para o teólogo Santo Agostinho o ato só poderia ser considerado um aborto criminoso quando o feto recebesse uma alma, fato que ocorria por volta de quarenta a oitenta dias após a concepção. Entretanto, o teólogo São Basílio considerava o ato criminoso em qualquer etapa gestacional. (CAPEZ, 2018, p.133).

É possível observar que desde aquele período o pensamento acerca da criminalização ou não do ato abortivo diverge tanto em sua aceitação, como também quanto ao momento que deveria ser praticado. Ou seja, dentro de um dos polos de maior influência social, qual seja, a religião, não existia um consenso quanto ao tempo em que deveria ser praticado o aborto ou se esse deveria de fato ser praticado.

Em verdade, durante a história, a temática do aborto sofreu várias alterações de pensamentos e de influências, fazendo com que os legisladores alterassem as punições e o modo de enxergar tal prática.

Diante disso, trazendo a temática para um período um pouco mais recente e dentro da legislação pátria, o Brasil, durante o avanço dos seus códigos penais, procurou tratar o aborto de maneira a conciliar os interesses sociais com os anseios jurídicos.

Nesse sentido, é possível perceber três marcos importantes para a temática do aborto na legislação brasileira, que foram: o Código Criminal do Império de 1830, o Código Penal Brasileiro de 1890 e o Código Penal Brasileiro de 1940.

Cada uma dessas legislações previu, de diferentes formas, as punições relativas ao ato de abortar. Desta forma, para uma maior elucidação da evolução da legislação em território nacional, é necessário que se faça a análise de cada uma delas, na referida ordem cronológica.

Por primeiro, é possível perceber que Código do Império de 1830 não realizava a criminalização do aborto praticado pela própria gestante, ou seja, o autoaborto. Entretanto, punia a conduta daquele que realizasse o aborto com o consentimento da gestante, que seria o aborto consentido, bem como punia o aborto sofrido, que ocorria sem o consentimento da gestante. (BITENCOURT, 2012, p.389).

Nesse contexto, havia a possibilidade de se punir o aborto pela atitude praticada por terceiro, sendo esse fato de consentimento ou não da genitora, mas a mulher era livre perante a lei para praticar o autoaborto.

Diante disso, a gestante era vista como uma das vítimas do aborto, uma vez que sobre ela não se incidiam penalidades, mas sim sobre as atitudes provocadas por terceiros contra a vida intrauterina.

Além disso, o Código Criminal do Império de 1830 também previa a punição para quem fornecesse meios abortivos a gestante, ainda que o aborto não fosse efetivado. Ademais, a pena se agravava se o indivíduo que fornecesse tais medicamentos fosse da área da saúde. (BITENCOURT, 2012, p.389).

Diante de uma sociedade estruturalmente mais primitiva, o acesso a medicamentos não era tão amplo, principalmente com efeitos abortivos, e o fornecimento dos mesmos por profissionais da saúde merecia uma abordagem mais dura do Estado².

Portanto, era perceptível que havia nesse período um silêncio quanto ao que motivava o aborto pela gestante. Portanto, não se distinguia aborto provocado pelo fruto de um abuso sexual ou o aborto provocado pela precariedade dos métodos contraceptivos, que eram quase inexistentes, ou pela própria vontade da mulher em não querer prosseguir com a gestação.

Com a mudança de pensamento da sociedade, surgiu a necessidade de por em vigor um novo código que atendesse aos anseios sociais. Com isso, houve uma reformulação do pensamento quanto ao entendimento do aborto, sendo conferida uma nova abordagem do tema no Código Penal de 1890.

² Código Criminal do Império do Brasil. Lei de 16 de dezembro de 1830 -Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas - dobradas.

O Código Penal de 1890, diferente do diploma legislativo anterior, passou a considerar a criminalização do aborto praticado pela própria gestante. Entretanto, se o ato de abortar fosse com a finalidade de ocultar desonra própria, a pena era deveria ser atenuada. (BITENCOURT, 2012, p.389).

Destarte, resta demonstrada a cultura e o tratamento conferido a mulher, visto que o ato da desonra era considerado atenuante para a pena do aborto. Ou seja, uma vez que a gestação fosse fruto de estupro ou sexo fora do casamento, às mulheres se sentiam tão julgadas pela sociedade por carregar aquela gestação que era “compreensível” e passível de atenuação da pena o ato de interromper a gestação.

Posto isso, é imperioso destacar que no código em comento, o ato de abortar ainda era punido, havendo ou não a expulsão do feto. Ademais, caso esse aborto fosse provocado com a ajuda de um profissional da saúde, esse seria restrito de praticar a profissão, além de lhe ser imposta a pena de prisão³.

Ação de imperícia na prática do aborto era punida. Assim, uma vez que houvesse a necessidade de salvar a mulher em detrimento da vida do feto e esse ato fosse praticado de maneira imperita, resultando na morte da gestante, aquele que praticou o ato era punido (BITENCOURT, 2012, p.389).

Nesse contexto, é possível observar que há uma mudança de padrão na criminalização do aborto, bem como um refinamento sobre a participação de terceiros no ato. Desta feita, o legislador passou a olhar com mais atenção para algumas das variantes advindas do ato de abortar.

Entretanto, com o passar dos anos e com uma maior evolução, tanto da medicina quanto do pensamento da sociedade, algumas situações tiveram uma maior receptividade quanto à possibilidade de abortar. Portanto, mais uma vez, o legislador sentiu a necessidade de atualizar o tema em sua legislação, fato esse que veio a

³ Decreto nº 847/1890. Código Penal. Art. 300- Provocar abôrto haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: - pena de prisão cellular por dous a seis annos.

No segundo caso: - pena de prisão cellular por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena - de prisão cellular de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

ocorrer com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, o qual vigora até a atualidade.

O Código Penal de 1940 trouxe diversos posicionamentos ignorados nas legislações anteriores. Isso porque passou a observar o aborto por uma perspectiva um pouco mais ampla, conferindo um certo destaque a dignidade da mulher.

Nesse sentido, os avanços tecnológicos e medicinais permitiram que alguns tipos de abortos passassem a não sofrer com a criminalização por questões humanitárias. Um dos grandes exemplos que se tem atualmente nesse quesito é o aborto sentimental, que pode ocorrer quando o fruto da concepção é decorrente do crime de estupro.

A princípio, o presente trabalho monográfico não pretende se aprofundar no código penal vigente, isso porque há um capítulo reservado para tratar a temática, bem como das atualizações mais recentes sobre a questão do aborto.

Por essa razão, para não exaurir o tema, é imperioso que se analise a expansão do objeto de estudo, a fim de que se possa entender o tratamento que é dado a essa matéria no exterior, uma vez que a vertente que norteia as questões abortivas não se limita somente ao território nacional.

Frequentemente, países estrangeiros estão tratando da temática e conferindo novos expoentes e linhas de pensamento a respeito do tema. Alguns países possuem pensamentos mais fechados e limitam cada vez mais a liberdade da mulher quanto ao aborto. Contudo, outros países possuem características mais sensíveis, em atenção a dignidade não somente do feto, mas também da mulher.

Portanto, diante do exposto, passarão os próximos subtópicos a descrever como vem sendo a evolução do pensamento abortista tanto para países que não veem o tema com bons olhos, como também para nações em que há a legalização do aborto.

1.1 Visão jurídica dos países contrários ao aborto

Para uma primeira análise do tema abortista, urge que se apresentem as ideias de países que ainda possuem uma visão mais conservadora para a temática. Por conseguinte, serão apresentados de maneira breve, seus avanços legislativos e os impactos sociais que tem causado a proibição do aborto na sociedade.

Na América latina, um dos países que possui uma severa regra contra o aborto é El Salvador. Seu Código Penal, o Decreto Legislativo nº 1.030/1997, foi publicado

no diário oficial na data de 10 de junho de 1997 e orienta as normas penais que devem vigorar no país.

Desta feita, em que pese ser um decreto relativamente recente, possui regras rígidas a respeito do aborto. Em razão disso, o tratamento da matéria no país tem enfrentado intensas repercussões.

Para a legislação salvadorenha, o aborto é proibido em todos os casos, inclusive, quando esse é ocasionado de maneira involuntária. Isso ocorre porque, nesses termos, o ato tende a ser considerado como homicídio qualificado, podendo ser punido com até cinquenta anos de prisão⁴.

Cabe salientar que o Código Penal Salvadorenho, em sua forma original, permitia o aborto em caso de estupro, risco de vida para a gestante e inviabilidade do feto. Contudo, posteriormente, o código foi alterado e o aborto nessas condições passou a ser considerado como homicídio, punindo não só a genitora como a equipe médica. Tal fato faz com que as mulheres sejam denunciadas imediatamente ao dar entrada nos hospitais, a fim de evitar que os profissionais que as atendam sejam envolvidos em crime, ainda que esse aborto seja espontâneo. (FRIEDE, 2020, p.26).

O caso que atualmente tem enfrentado grande repercussão em El Salvador é o de uma jovem mulher chamada Sara Rogel. Ocorreu que, durante seu oitavo mês de gestação, a mesma foi encontrada inconsciente e caída ao chão, após escorregar enquanto lavava roupas. Assim sendo, ao ser encontrada por seus familiares nessa situação, foi levada com urgência ao hospital e lá foi detida sob a suspeita de ter praticado o aborto.⁵

O fato foi amplamente divulgado em diversos países com a finalidade de não somente noticiar a liberdade condicional de Sara Rogel, após quase nove anos de prisão, como também para que fosse mundialmente percebido o impacto que a legislação salvadorenha impõe as mulheres em condições gestacionais.

No ano de 2016, foi proposta uma reforma ao Código Penal salvadorenho vigente, com a finalidade alterar e descriminalizar o ato de abortar quando a mulher se encontra em risco de morte, por estupro ou quando há má formação fetal de

⁴ Salvadorenha presa por aborto recupera a liberdade. Uol, 2021. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2021/06/07/salvadorenha-presa-por-aborto-recupera-sua-liberdade.htm>>. Acesso em: 08 jun.2021

⁵ Salvadorenha presa por aborto acidental recupera liberdade após quase nove anos. G1, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/06/07/salvadorenha-presa-por-aborto-acidental-recupera-liberdade-apos-quase-nove-anos.ghtml>> Acesso em: 08/06/2021

maneira a tornar inviável a vida fora do útero. No entanto, a referida proposta de reforma foi arquivada no ano de 2019, gerando intensa revolta social⁶.

Outro país na América Central que possui forte posicionamento contra o aborto é a República Dominicana. O país é regido penalmente pela Lei nº 550/2014, que disciplinou o Novo Código Penal da República Dominicana. Atualmente, o país segue o mesmo entendimento de El Salvador de proibir o aborto em todos os casos.

Nessa ótica, em 2010 a Constituição da República Dominicana passou por uma reforma onde foi conferido o pleno direito à vida desde a concepção até o momento da morte. Seguindo essa ótica, o Código Penal do país passou a criminalizar todas as práticas de aborto, impondo pena de até vinte anos para profissionais da saúde que auxiliarem no aborto e dois anos para mulheres que praticarem o abortamento. (FRIEDE. 2020, p.26-27).

Nesse sentido, diversos movimentos sociais buscam a alteração legislativa para que seja incluída a possibilidade de se abortar quando há risco de morte da gestante, complicações que impeçam o desenvolvimento do feto fora do útero, bem como quando a gravidez for derivada de estupro ou por ato incestuoso (MELLO, 2021).

Desta feita, há uma clara desproporcionalidade entre o ato e os fatos, visto que até mesmo vítimas de estupro não possuem amparo no aparato estatal. Há, nesses casos, visível valorização da vida do feto em detrimento da vida da mulher.

Por oportuno, cabe destacar que a Nicarágua também possui um pensamento mais conservador para a questão do aborto. Situado na América Central, o país também é totalmente restritivo a prática do aborto.

Nesse sentido a Lei nº 641, que instituiu o Código Penal, em seu artigo 143 afirma categoricamente que quem provoca o aborto na gestante, com seu consentimento, tem pena de prisão de um a três anos. Ademais, informa ainda que a mulher que provocar seu próprio aborto ou que permita que outrem o pratique, poderá ter pena de prisão de um a dois anos⁷.

⁶ El Parlamento de El Salvador archiva una propuesta para despenalizar el aborto. El país, 2021. Disponível em: <<https://elpais.com/internacional/2021-05-19/el-parlamento-de-el-salvador-archiva-una-propuesta-para-despenalizar-el-aborto.html>> Acesso em: 08 jun. 2021

⁷ Ley nº 641. Código Penal de La República de Nicaragua. Art. 143- Quien provoque aborto con el consentimiento de la mujer será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión. Si se trata de un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario. A la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique, se le impondrá pena de uno a dos años de prisión.

Assim como El Salvador, na Nicarágua o aborto terapêutico já foi legalizado outrora. Contudo, a criminalização total adveio da aprovação da Ley 603 que revogou o artigo 165 do Código Penal do país. Por conseguinte, houve um retrocesso quanto à política do abortamento no país, fazendo com que mulheres que antes tinham suas vidas protegidas, ficassem a mercê da sorte e sem apoio estatal. (AMARAL, 2008, p.121).

Nesse íterim, cabe ainda o curioso destaque político contra o direito do aborto pactuado entre o Brasil, Estados Unidos da América, Egito, Indonésia, Uganda e Hungria.

Ocorreu que, em conjunto, os países supracitados assinaram um documento denominado Declaração de Genebra, onde afirmaram ser veementemente contra o direito de abortar. O referido pacto foi apresentado durante a Assembleia Mundial da Saúde de 2020 e não possui eficiência ou validade jurídica até o momento. (FIGUEIREDO; ANDRADE, 2020).

Nota-se, pois, que no contexto atual, trazendo a temática para a cultura pátria, o Brasil tem flertado com um posicionamento mais conservadorista no que diz respeito às práticas do aborto.

Nesse ponto, cabe a observação crucial de que a política conservadora que o Brasil tem adotado, por mais que não tenha alterado o Código Penal para torna-lo mais restritivo, tem ido à contramão, inclusive, dos ideais anteriormente defendidos pelo governo.

Por tal motivo, cabe a breve observação de que o Ministério da Saúde em 2005 editou a Norma Técnica Atenção Humanizada, documento que serve como um guia com a finalidade de apoiar os profissionais da saúde nas questões relativas à saúde da mulher.

Na norma técnica supracitada, é perceptível a atenção ao abortamento humanizado, informando que os direitos reprodutivos são reconhecidos em diversos tratados e convenções internacionais. Ademais informa que é direito de toda pessoa ter controle e decisão sobre temas inerentes a sexualidade e reprodução, de maneira livre de qualquer discriminação e violência. Por fim, informa ainda que o tema do abortamento inseguro deve ser tratado de maneira humana e solidária. (BRASIL, 2005, p.11-12)

Por outro norte, ampliando ainda mais os horizontes e trazendo a ideia do abortamento para um conceito mundial, o *Center for Reproductive Rights*

temática do aborto e quais as medidas públicas utilizadas para proteger não apenas o feto, mas também a saúde da gestante.

1.2 Países favoráveis ao aborto e suas legislações

Como visto no subtópico anterior, as legislações têm enfrentado intensas pressões sociais para que estabeleçam normas mais flexíveis em questões abortistas. Isso ocorreu porque em diversos países, o ato de abortar, até mesmo quando fruto da gestação era advindo de uma violência, é considerado crime.

Em que pese não estar na lista de países de primeiro mundo, Cuba foi um dos percussores na América Central nas questões ligadas à legalização do aborto. Por isso, julga-se preponderante que se apresente, por primeiro, a forma como esse país lida com a matéria.

A história cubana nas questões relativas ao aborto advém desde a data de 1936, uma vez que a prática já era autorizada quando a gestação oferecesse risco à saúde da gestante, fosse resultado de estupro ou quando a mulher pudesse transferir a criança uma doença hereditária. Entretanto, a legalização, de uma maneira geral, somente adveio no ano de 1965⁸.

Diante disso, é perceptível que o país passou por uma evolução relativamente rápida nas questões do abortamento, visto que apenas vinte e nove anos separaram uma política de aborto mais restritiva, para a política mais receptiva.

Entretanto, é preponderante que se saliente que, por prudência, o Código Penal Cubano estabeleceu penas privativas de liberdade aqueles que realizem o ato de abortar fora das regulações de saúde estabelecidas pelo país. Ademais, é punido ainda aquele que comente o aborto visando obtenção de lucro, se realiza fora das instituições oficiais ou ainda se aquele que realiza não é médico⁹.

⁸ Série: Legislação do Aborto na América Latina- Cuba. CAMTRA - Casa da Mulher Trabalhadora, 2020. Disponível em: < <https://camtra.org.br/serie-legislacao-do-aborto-na-america-latina-cuba/> >. Acesso em: 11 jun. 2021

⁹ Código Penal Cubano. Ley nº 62, ARTÍCULO 267. 1. El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior: a) se comete por lucro; b) se realiza fuera de las instituciones oficiales; c) se realiza por persona que no es médico.

Dentro da América do Norte, os Estados Unidos da América possuem forte posição legalista frente à matéria do aborto. No país, o tema foi posto a apreciação pela Suprema Corte em 1973, quando findou tornado legal.

O julgamento principal que deu vazão a autorização do aborto nos Estados Unidos da América foi o caso *Roe versus Wade*. Sobre as consequências dessa decisão judicial, aponta Daniel Sarmiento (2005) que:

No julgamento em questão, a Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre aborto. No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo trimestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extrauterina, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe. (SARMENTO, 2005, p.47-48)

Resta perceptível, portanto, que os Estados Unidos da América possuem uma permissibilidade muito grande com relação ao tempo permitido para o aborto voluntário. A possibilidade do aborto no país vai além do primeiro trimestre gestacional, sendo possível ser feito até o início da viabilidade da vida extrauterina.

Ademais, segundo a análise supracitada, há de se destacar ainda que os Estados Unidos da América conferem autonomia para que cada Estado possa, obedecendo aos limites legais, impor certas restrições ao direito abortivo. Entretanto, não poderá nenhum Estado impedir que a mulher realize o aborto voluntário no primeiro trimestre gestacional.

Contudo, no ano de 2021 a matéria voltou a ser apreciada na Suprema Corte Americana. Isso porque a justiça americana aceitou realizar a análise de uma lei do Estado do Mississippi que proíbe o aborto a partir das 15 (décima quinta) semana. Porém, a lei ainda está sob análise e a regra no país ainda é a permissibilidade do aborto para além do primeiro trimestre gestacional¹⁰.

¹⁰ CORRÊA. Alessandra. Aborto nos EUA: como novo caso na Suprema Corte pode limitar direito à interrupção da gravidez. *BBC News*, 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57155254>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Dentro da América do Sul, outro expoente no avanço das questões abortistas, tem sido a Argentina. Isso porque na data de 30 de dezembro de 2020 o senado argentino aprovou um projeto de lei que previa a legalização do aborto nas 14 primeiras semanas gestacionais.

Assim, foi garantido que qualquer mulher nas primeiras 14 semanas gestacionais pudesse realizar o aborto, inclusive, menores de idade. Nesses casos, menores de treze anos podem realizar o ato acompanhadas pelos seus pais. Ademais, adolescentes de treze a dezesseis anos somente precisarão de autorização dos pais caso o ato de abortar comprometa a sua saúde. Por fim, adolescentes acima de dezesseis anos não precisarão de autorização¹¹.

Nota-se, pois, que se trata de uma intensa flexibilização da temática abortista, visto que abarca não somente as mulheres com capacidade civil plena, mas também aquelas incapazes de exercer todos os atos da vida civil. Resta demonstrado, portanto, que para a Argentina, dentro do período gestacional estabelecido, o aborto é um direito de todas.

Outro país que possui grande relevância no cenário da legalização do aborto é Uruguai. A Lei nº 18.987, denominada de Interrupción Voluntaria Del Embarazo, determina que o Estado Uruguaio não somente garantirá a interrupção dentro das medidas de saúde apropriadas, como também informa como o procedimento deverá ser realizado pelo sistema público de saúde do país.

Desde outubro de 2012 o Uruguai legalizou o aborto nas 12 (doze) primeiras semanas gestacionais para qualquer mulher, podendo esse prazo ser estendido a 14 (catorze) semanas em casos de estupro. Ademais, o prazo poderá ser entendido para além de 14 semanas quando houver risco à vida da mãe ou anomalias fetais que impeçam a vida extrauterina. (BOUERI, 2018)

Diante disso, o que se percebe é uma flexibilização quanto às semanas permitidas para realização do aborto, visto que os casos são analisados de maneira única para que se chegue a um diagnóstico seguro para a mulher.

Ademais, é importante realçar que a Lei nº 18.987 garante também que a mulher seja acompanhada por uma equipe multidisciplinar, que irá lhe orientar não

¹¹ Argentina aprova legalização do aborto: em que países da América Latina o procedimento já é legal. BBC News, 2020. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-55476576> >. Acesso em: 08 de jun. de 2021.

somente dos procedimentos legais para a prática do aborto, mas também alternativas que preservem a vida do feto como, por exemplo, programas de adoção¹².

Nesse sentido, resta claro que não se trata de um método rude de interrupção da gravidez, mas sim planejado e proporcionando estrutura não somente quanto à saúde física, mas também psicológica. Ademais, é concedido antes da realização do aborto um tempo para que a mulher reflita e possa realizar a prática de maneira consciente.

Após o início da aplicação da lei no país, os dados coletados pelo Ministério da Saúde local foram extremamente positivos. Nesse sentido, informa Fernanda Cristina Alvarenga Ferreira apud Ministério de La Salud Pública (2017) que:

De acordo com o Ministério de Saúde Pública, após o primeiro ano da implementação da lei (entre dezembro de 2012 e novembro de 2013) foram realizados 6.676 abortos no país, uma taxa de 9 abortos a cada 1000 mulheres (entre 15 e 44 anos). 6% das mulheres desistiram de interromper a gravidez no período de reflexão obrigatório após a primeira consulta. Uma morte foi contabilizada nesse período, mas resultado de um aborto ilegal praticado sem auxílio médico (FERREIRA, apud Ministério de La Salud Pública, p.246-247, 2017).

Dessa forma, é perceptível a eficácia na proteção da saúde da mulher, visto que no intervalo aproximado de um ano apenas uma morte foi registrada, contudo, advinda de um aborto clandestino. Isso demonstra não somente a segurança conferida à saúde da mulher, mas também o perigo da prática clandestina, amplamente realizada em países que possuem legislação não permissiva.

Nessa ótica, uma vez analisadas as legislações de países contrários e favoráveis ao aborto, resta analisar como a doutrina pátria lida com a matéria e quais os nuances jurídicos enfrentados pelo Brasil na evolução das questões sobre o abortamento.

¹² Ley nº 18.987- Interrupción Voluntaria Del Embarazo. Artículo 3º. (Requisitos).- Dentro del plazo establecido en el artículo anterior de la presente ley, la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso.

[...]

El equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer de lo establecido en esta ley, de las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica. Asimismo, informará sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción.

Portanto, os próximos capítulos serão dedicados ao estudo de como é vista a questão dentro do Direito Constitucional e do Direito Penal, no intuito de que, posteriormente, possa ser analisada a possível legalização do aborto no Brasil no primeiro trimestre de gestação.

2 O ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Nos capítulos anteriores, foi analisado desde o surgimento das questões relativas ao aborto, bem como foi abordada a maneira como a sociedade lidava com o tema. Posteriormente, o estudo se debruçou a uma breve análise acerca de como os países tem enfrentado a questão, sejam eles contrários ou favoráveis ao aborto.

No capítulo que se segue, será feita uma análise de como o Brasil lida com a matéria em todas as suas nuances, seja ela em uma estrutura constitucionalista, seja sob uma ótica penalista.

Nesse sentido serão analisados, inicialmente, os princípios constitucionais que dão vazão a proteção do direito da mulher e da sua dignidade quanto ao poder de escolha, bem como proteção a sua saúde física e mental no aborto.

Diante disso, é necessário que se compreenda as implicações que existem quanto ao aborto e a Constituição Federal, visto que esta deve abarcar os interesses de todos de maneira igualitária e proporcional.

Sob a perspectiva penal, será analisado como o crime de aborto é tipificado atualmente. Destarte, o presente trabalho monográfico se proporá nessa etapa a analisar, não somente a atuação da genitora no momento do abortamento, mas também a atuação de terceiros e equipe de saúde.

Ademais, é preponderante que se entenda ainda como ocorreu a evolução jurídica da temática e quais são as formas de aborto aceitas pela legislação brasileira.

Por fim, será estudado como o tema, em âmbito penal, tem se desenvolvido na jurisprudência, na tentativa de abarcar novas maneiras de abortar dentro dos ditames constitucionais.

2.1 Aborto sob a ótica constitucional

A princípio, após a compreensão da matéria no exterior, é preciso que se entenda o alcance da temática do abortamento dentro dos ditames da lei maior brasileira, para que se chegue à compreensão dos direitos, princípios e garantias fundamentais que o tema abrange.

Por oportuno, é importante registrar que o presente tópico não pretende exaurir todos os direitos, garantias e princípios que possam se relacionar a matéria do aborto. Outrossim, é importante destacar também que a ótica constitucional sobre o abortamento também será amplamente analisada no último capítulo, com o estudo do HC 124.306/RJ. Desse modo, para não tornar a matéria repetitiva em alguns pontos, tratar-se-á de maneira breve, porém contundente, acerca do aborto e o constitucionalismo e, posteriormente, como dito, será feita uma análise mais detalhada dentro do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

A constituição é a carta magna de um país. É dentro desse texto legal que estão todos os fundamentos e garantias que organizam o Estado e fundamentam a sua sociedade.

O direito constitucional, por sua vez, é um ramo do direito público que possui como missão precípua fundamentar e orientar o ordenamento jurídico como um todo. Tal ramo do direito não se preocupa somente com a limitação e organização do poder

do Estado, mas também a enumeração e consagração de direitos e garantias fundamentais. (MASSON, 2020, p.35)

Nesse contexto, vários direitos fundamentais foram elencados com a finalidade de garantir a proteção e condições de vida digna à população. Entretanto, para o direito constitucional, o aborto se trata de uma discussão extremamente complexa. Isso ocorre em razão de que não há como tratar sobre o tema sem que se observem ambos os lados, ou seja, os direitos inerentes ao feto em contraponto com os direitos maternos.

O direito à vida é garantido constitucionalmente e é tido como o bem jurídico mais importante, visto que estar vivo é um pressuposto para que se usufrua dos demais direitos e garantias constitucionais (MASSON, 2020, p.280).

Entretanto, nenhum direito é visto como pleno e intangível e isso ocorre, inclusive, com o direito à vida, visto que ele poderá ser limitado em caso, por exemplo, de guerra declarada, conforme informa o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal não abordou com exatidão acerca do tema aborto como abordou a pena de morte em caso de guerra declarada. Por isso, a temática abre vasta discussão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Nesse contexto, para aqueles que defendem o aborto, por não ser a vida um direito absoluto, isso abre margem para que outros princípios possam ser analisados e considerados. Diante disso, em uma colisão de princípios entre, por exemplo, a expectativa de vida do feto e os direitos fundamentais da mulher, se entende que os últimos devem prevalecer. (SANTOS; PIO, 2021, p.76).

Nessa ótica, para aos apoiadores do aborto ocorrendo até o primeiro trimestre gestacional, não há mácula ao direito à vida, visto que o feto possui apenas uma expectativa de vida, uma vez que fora do útero materno ele morreria.

O que se reverbera nesse sentido é que, em que pese não haver uma decisão definitiva sobre o tema do aborto pelo STF, não há que se entender que a matéria do aborto deva ser tratada necessariamente no âmbito criminal. Isso em razão de que, uma vez em conflito os direitos da mulher e os direitos do nascituro, não há razão para esse último ser um direito absoluto. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p.533-534).

Outro posicionamento constitucional importante e que merece destaque na abordagem do abortamento é a liberdade de consciência. Esse direito está previsto no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal.

Nesse contexto, se tem a objeção de consciência, que consiste na recusa de realizar um comportamento em razão das convicções íntimas do indivíduo. A recusa é considerada tão forte que, caso o indivíduo fosse obrigado a realizar a conduta, isso resultaria em um profundo abalo moral e psíquico. (MENDES; BRANCO 2018, p.457)

Trazendo a temática para o abortamento, para que se realize o procedimento com segurança, as mulheres necessitam de apoio médico especializado, a fim de evitar complicações após o procedimento e, até mesmo, a morte materna.

Nesse contexto, com uma possível liberação do aborto no primeiro trimestre gestacional, muitas mulheres irão procurar profissionais capacitados para realizar tal feito. Sendo assim, como ficaria a situação desses profissionais? Poderiam usar a objeção de consciência?

Como visto no capítulo anterior, muitos países desenvolvidos adotam a prática do aborto e também lidam com a matéria da objeção de consciência. A jurisprudência espanhola, por exemplo, reconhece a objeção da consciência não somente por parte dos médicos, mas também para sua equipe de apoio como enfermeiros, técnicos de enfermagem, entre outros. No geral, as legislações dos países europeus que admitem a realização do aborto, também admitem essa escusa. (MENDES; BRANCO, 2018, p.460).

Nesse sentido, não há que se falar em impedimento necessário a prática do aborto pela não vontade do médico em realizar. Aquele que não se sente confortável para praticar o abortamento não o faz, deixando que outro profissional tome a frente.

No Brasil, conforme será visto mais a frente, existe um projeto de lei de autoria do ex-deputado Jean Wyllys que disciplina a matéria do abortamento até o primeiro trimestre de gestação, na tentativa de alteração da lei penal vigente.

O PL 882/2015, apresentado na data de 24 de março de 2015, no artigo 18 prevê também a objeção de consciência, demonstrando moderno posicionamento em matéria de abortamento¹³.

¹³ PL 882/2015. Artigo 18. Os médicos que manifestem objeção de consciência para intervir nos atos médicos a que faz referência esta Lei deverão informar, de forma circunstanciada e individual, às autoridades dos estabelecimentos a que pertençam, que deverão promover o registro da informação nos assentos institucionais. § 1º -É direito do/a médico/a recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

Outra questão relevante a se tratar no que diz respeito ao aborto no âmbito constitucional é quanto ao direito à igualdade entre homens e mulheres. Tal direito vem previsto principalmente no artigo 5º, inciso I da CF.

A referida diretriz constitucional reflete décadas de lutas das mulheres de obter seus direitos igualados aos homens. Porém, é preponderante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro admite certa distinção entre os sexos, mas somente quando a finalidade é a equiparação entre eles. (MASSON, 2020, p.313)

Nesse íterim, trazendo o conteúdo para a temática do abortamento, o que se infere é que, como as mulheres são as que engravidam, os homens devem respeitar a vontade das mesmas nessa matéria (BRASIL, 2016).

Portanto, a ideia é quanto à proteção a liberdade e a autonomia da mulher de decidir, sem a interferência masculina, no assunto do abortamento, com vistas a real igualdade de gênero.

Por fim, o ultimo princípio a ser abordado no presente tópico é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O mesmo está elencado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

O referido princípio afirma o reconhecimento do valor do homem enquanto pessoa, desaguando em um aglomerado de prerrogativas que delimita o poder Estatal. Tal princípio deve estar presente por todo o ordenamento jurídico, sendo assim, qualquer lei que viole o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser tida como inconstitucional. (PRADO, 2019, p.97-98).

Nesse sentido, o que se afirma através da temática do abortamento é que o referido princípio vem sendo violado para as mulheres dia após dia, em consequência também da violação dos demais princípios. A não observância da vontade da mulher enquanto ser humano de realizar o aborto, a desproporcionalidade da pena aplicada ao ato, bem como a violação de direitos sexuais e reprodutivos são alguns dos principais expoentes.

Como afirma a norma técnica Atenção Humanizada ao Abortamento (BRASIL, 2005), em relação ao abortamento, a atenção humanizada, os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana devem ser um norte na abordagem técnica e científica. Ademais é por força desses princípios que não se deve admitir qualquer discriminação ou restrição às mulheres no acesso público a saúde.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser um norte a ser seguido em questão do abortamento, visto que, uma vez que se considera que um

feto ainda em formação é merecedor desse direito, existe por outro ângulo uma mulher que necessita igualmente de atenção e validação dos seus direitos.

Posto isto, uma vez discutida a temática de maneira breve em seu enfoque constitucional, resta entender os casos em que a lei permite o abortamento, assim como as restrições legais a prática.

Acrescente-se ainda, por derradeiro, que a questão constitucional acerca do aborto não possui o condão de se encerrar nesse item, já que será novamente abordada, com outro enfoque, quando no tratamento do HC 124.306/RJ no último capítulo do presente trabalho monográfico.

2.2 Aborto e o direito penal

No subtópico anterior, foi possível analisar de maneira breve como o aborto é visto dentro de uma perspectiva constitucional, como também foram estudados os impactos da proteção dos direitos e garantias fundamentais.

No Brasil, em linhas gerais, o aborto ainda é considerado crime e, apenas em alguns casos específicos houve a sua descriminalização, tanto pelo avanço científico, como também por um maior reconhecimento do direito das mulheres quanto à sua liberdade.

Nesse sentido, para que se chegue ao cerne da questão que é a plena legalização do aborto no primeiro trimestre gestacional, é preponderante que, por primeiro, se conheça como o aborto é tratado dentro do direito penal brasileiro em seu conceito, regras e exceções.

O conceito de aborto pode ser entendido como a interrupção da gravidez com a consequente destruição do feto, tendo ele sido expulso ou não do corpo da mulher. Sob essa ótica, quando esse ato ocorre em até três semanas é a destruição do óvulo fecundado, de três semanas até aproximadamente o terceiro mês, trata-se da destruição do embrião e, após três meses, do feto propriamente dito. (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 612).

Na visão de Guilherme de Souza Nucci (2019, p.190) o aborto se dá quando há a cessação da gravidez antes do tempo normal, causando, em consequência, a morte do fruto da concepção, seja ele o feto ou o embrião.

Desse modo, há de se destacar pelos entendimentos supracitados que, para que se consuma o ato de abortar, não é necessário que o produto da concepção seja,

necessariamente, expelido do corpo da mulher, uma vez que o resultado morte é preponderante para que se efetive a consumação.

Cabe salientar ainda que, por não exigir a expulsão do feto, a morte do mesmo pode ocorrer tanto dentro do útero, como também fora do útero, dependendo do estado adiantado que se encontrar a gravidez. Ademais, caso o feto venha a ser expulso com vida, vindo a falecer imediatamente ou somente semanas depois, ainda se estará diante do crime de aborto. (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 614).

Dessarte, é perceptível que quando se trata do crime de aborto, para que esse seja consumado de maneira efetiva e perfeita, há a necessidade de que o produto da concepção, seja ele um óvulo fecundado, embrião ou feto, venha a morrer em decorrência da manobra abortiva.

Por oportuno, o crime de aborto também admite a modalidade tentada. Isso porque caso o agente já tenha iniciado os atos de execução e, por circunstâncias alheias à sua vontade na tenha conseguido concluir, este incorre em crime de aborto na sua modalidade tentada. Ademais, poderá ser responsabilizado por aborto tentado o agente que, mesmo tendo efetuado todas as manobras abortivas, o feto nasce e permanece vivo. (GRECO, 2017, p.260)

Portanto, seja a prática efetuada de maneira consumada ou de maneira tentada, há a ideia dentro do ordenamento jurídico brasileiro pela preservação do fruto da concepção e a punição pela ação efetivada ou tentada daquele que, fora das regras previamente estabelecidas, decidir por não dar continuidade com a gestação.

Nesse contexto, de uma maneira geral, para o Direito Penal Brasileiro é possível observar que o principal bem jurídico protegido no crime de aborto é vida em formação. Entretanto, quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal também possui condão de proteger a incolumidade da genitora. (BITENCOURT, 2012, p.393).

Assim, quando a genitora não consentir com o aborto e esse lhe for praticado por terceiro, essa pode ser beneficiada pela proteção estatal como vítima do crime de aborto, tanto quanto o próprio nascituro.

O aborto somente pode ser punido em sua forma dolosa. Nesse sentido, o dolo pode ser considerado direto, quando há vontade incontestável de interromper a gravidez, e dolo eventual, quando o agente ativo assume o risco da produção do resultado, tendo em vista que não há como punir o aborto culposos. (JESUS, 2020, p.182).

Nessa esteira, o autor do crime de aborto tem a intenção indubitável de produzir o resultado ou permitir que alguém o produza. Dessa forma, no Brasil, uma mulher não seria condenada e presa por acidentalmente cair e abortar o produto da concepção.

O Código Penal Brasileiro elenca do artigo 124 ao artigo 128 hipóteses, sejam elas realizadas pela própria gestante ou por terceiros, de ações que são consideradas criminosas dentro do contexto do abortamento, bem como aquelas em que o aborto é considerado uma prática legalmente aceita.

O primeiro artigo do Código Penal Brasileiro que aborda sobre o aborto é o 124, que prediz, *in verbis* “Art. 124- Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.” (BRASIL, 1940)

No tipo penal supracitado está elencado o aborto em sua modalidade dolosa, com verbo de ação provocar e consentir. Ou seja, se enquadra no tipo penal tanto a ação realizada pela própria gestante, como também quando esta consente que alguém o faça.

Para Luis Regis Prado (2019, p. 809), a coautoria no tipo penal específico do autoaborto não é permitida, contudo, a participação é possível. Assim sendo, se o terceiro induz, instiga ou auxilia a gestante na realização do aborto em si mesma, esse responderá como partícipe pelo artigo 124 do CPB. Por outro lado, se concorre com terceiro para a prática do aborto com o consentimento da gestante, responde pelo artigo 126 do CPB.

O legislador penalista elencou como crime o aborto praticado por terceiro, ocorrendo esse sem ou com o consentimento da gestante. O ato se caracteriza como figura típica e está elencado nos artigos 125 e 126 do Código Penal Brasileiro¹⁴.

No primeiro tipo penal do artigo 125 o ato do abortamento é praticado sem que a gestante concorde com tal procedimento e se trata de um crime praticado com dolo, ou seja, o sujeito ativo possui a intenção de praticar o ato para obter o resultado morte. Nesse sentido, a proteção jurídica deixa de ser somente o produto da concepção para ser também da genitora.

¹⁴ Código Penal Brasileiro. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Nesse contexto, cabe a análise de que a falta de discernimento por parte da gestante pode ser real ou presumida. Quando se trata de dissentimento real, o agente ativo usa de violência, fraude ou grave ameaça. Por outro lastro, é considerado presumido quando a genitora é menor de catorze anos, alienada ou possui alguma deficiência cognitiva. (JESUS, 2020, p.184).

Portanto, há nesse tipo penal a forte característica dolosa, ou seja, o sujeito quer a produção do resultado aborto e, em contrapartida, a gestante, juntamente com o produto da gestação, figuram como vítimas do fato.

No contexto do artigo 126, o aborto realizado de maneira consensual constitui exceção à teoria monística, adotada pelo Código Penal. Isso ocorre porque quem provoca o aborto não será coautor do crime do artigo 124, mas sim incorrerá nas penas previstas no artigo 126. Nesse sentido, houve pelo legislador um maior grau de reprobabilidade aquele que pratica o aborto, ainda que a gestante concorde com o ato. (BITENCOURT, 2012, p.404).

Nota-se, pois, que na década de quarenta, no momento da implementação do Código Penal, a ideia social que se tinha de alguém auxiliando a gestante a findar com a gestação não possuía qualquer aceitação. Inclusive, não merecendo a conduta nem ser abarcada como coautoria.

Tal conduta apenas reverbera a característica que ainda é visível socialmente, ou seja, a mulher não pode abortar por seus motivos íntimos, tampouco terceiro poderia lhe ajudar na prática do ato, visto que incorreria em crime.

Cabe salientar ainda que o Código Penal Brasileiro previu forma qualificada para o aborto, constante no artigo 127. Assim foi disposto que as sanções estabelecidas nos artigos 125 e 126 serão aumentadas em um terço caso a gestante sofra lesão corporal de natureza grave em decorrência do aborto ou dos meios utilizados para a prática do mesmo. Ademais, serão duplicadas as penas se a gestante falecer (PRADO, 2019, p. 811).

Nesse sentido, o artigo supracitado apresenta majorantes para as condutas praticadas nos artigos 125 e 126 do Código Penal. O legislador entendeu que para enquadrar essas condutas não seria necessária a criação de um novo tipo penal, mas tão somente uma majorante, ou seja, seu impacto recai no momento em que o magistrado realizar o cálculo da pena em sentença.

Para Rogério Greco (2017, p.262), a aplicação do agravante somente poderá ocorrer quando o ato for praticado por terceiro, uma vez que a lesão corporal que a

própria mulher causar no autoaborto não poderá ser punida. Ademais, os resultados de lesão corporal grave e morte somente serão produzidos de maneira culposa, ou seja, o agente tinha a intenção de praticar o aborto, mas sua conduta não somente atingiu o fim almejado, como também resultados colaterais, quais sejam lesão grave ou morte.

Portanto, para o artigo 127 do Código Penal, não se trata de um aborto culposo, visto que para esse tipo penal o aborto foi devidamente efetuado. A culpa advém do resultado adverso não planejado, seja esse resultado a lesão corporal ou a morte da gestante.

Uma vez tratadas as formas de aborto naturais, acidentais e as provocadas de maneira criminosa, o legislador penalista abordou no código as formas em que o aborto podem ser praticadas e são socialmente aceitas. Trata-se do início da evolução na tratativa do abortamento seguro, fruto de intensos debates e avanços científicos sobre o tema.

Nesse contexto, o artigo 128 do Código Penal dispõe acerca do aborto necessário, também chamado de terapêutico e o aborto em caso da gestação ser em decorrência de estupro, conhecido como aborto sentimental¹⁵.

De antemão, para a análise do primeiro tipo de aborto permitido no Brasil, qual seja, o aborto terapêutico, se faz oportuna a transcrição do conceito dado por Luiz Regis Prado (2019), a saber:

A primeira das indicações é de natureza terapêutica. O aborto necessário (ou terapêutico) consiste na intervenção cirúrgica realizada com o propósito de salvar a vida da gestante. Baseia-se no estado de necessidade, excludente da ilicitude da conduta, quando não há outro meio apto a afastar o risco de morte. Esta última pode advir de anemias profundas, diabete grave, leucemia, cardiopatias, trombose, hemorragias, etc. (PRADO, 2019, p.813).

Nessa ótica, a intenção do legislador penalista é salvar a vida da gestante, uma vez que a vida do nascituro se tornaria inviável por colocar em demasiado risco a vida dela. Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro se preocupou, de fato, com a saúde da mulher no momento em que a vida da mesma se encontra em profundo e inevitável risco de perecimento.

¹⁵ Código Penal Brasileiro. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio 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 representante legal.

Nesse sentido, como bem pontua Rogério Greco (2017, p.267), o raciocínio utilizado foi o estado de necessidade. Assim sendo, em que pese ambos, genitora e feto, terem o direito à vida protegidos, nesse caso específico, a lei optou que fosse resguardada a vida da gestante em detrimento ao do feto.

A lei prevê em seu artigo 128, inciso I do Código Penal que aborto necessário somente poderá ser efetuado por um médico e quando esse verificar que não há outra maneira de salvar a vida da gestante. É perceptível, portanto, que o legislador orientou que todos os métodos possíveis deveriam ser esgotados antes de se cogitar o aborto, com a finalidade de preservar o produto da concepção até o último instante possível.

A partir do momento em que o médico percebe que não há outro meio de salvar a vida da gestante senão com a realização do abortamento, o profissional poderá, sem a necessidade de autorização judicial, interromper a gestação para salvá-la. Nesse contexto, o médico não será penalizado pelos artigos 125 ou 126 do Código de Processo Penal. (ESTEFAM, 2019, p.172).

Cabe destaque para o fato de que, em que pese o artigo 128, inciso I, do Código Penal Brasileiro afirmar categoricamente que o médico poderá realizar, por óbvio, toda a equipe médica que o auxiliar também não incorrerá em crime.

Nesse contexto, preponderante salientar que o tipo penal apenas dispõe que o médico poderá realizar a conduta sem incorrer em crime. Entretanto, na hipótese de o procedimento ser realizado unicamente por enfermeira, essa será abarcada pelas benesses do estado de necessidade, previsto no artigo 24 do Código Penal (JESUS, 2020, p.188).

Outra forma de aborto legal é o aborto sentimental, humanitário ou ético disposto no artigo 128, inciso II do Código Penal. O referido artigo dispõe que é possível realizar o aborto quando a gravidez indesejada ocorrer em razão de estupro.

De acordo com a legislação pátria, é preponderante que a gestante concorde com a realização do procedimento e, caso essa seja incapaz, que seu representante legal seja consentente. Ademais, cabe ainda o destaque de que não há limitação temporal para que mulher decida pelo aborto nesse caso. (BITENCOURT, 2012, p.416).

Portanto, nesse sentido, a lei brasileira foi extremamente prudente em não estabelecer qualquer limite temporal para a realização do aborto, uma vez que o ato em si já foi de grave violência não somente física, mas também psicológica. Sendo

assim, não seria prudente o legislador pressionar ainda mais uma pessoa que já foi violentada.

Como bem pontua André Estefam (2019, p.173), o legislador entendeu que não é razoável obrigar a mulher a gestar e criar um filho fruto de estupro, o que a fará recordar de forma diária e perene a violência a qual foi sujeitada.

Nesse caso, são observadas as condições psicológicas da gestante e o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento da expectativa de vida que venha a ser gerada em seu útero. Por tal motivo, caso a gestante fosse penalizada por abortar em caso de estupro, a mesma inevitavelmente seria duplamente punida. Por primeiro, por ter que conviver para sempre com a violência física e psicológica sofrida e, por segundo, pelas penas da própria lei.

No que toca à prova do estupro, doutrina e jurisprudência em sua grande maioria entendem que ela pode ser feita por qualquer meio idôneo. Nesse sentido, boletim de ocorrência, prontuário de atendimento médico e circunstâncias fáticas podem ser utilizados para embasar o pedido da gestante. Ademais, não há necessidade de autorização judicial para esse tipo de aborto. (SOUZA, JAPIASSÚ, 20018, p.619).

Uma vez que não há tempo predeterminado para que a mulher opte pelo aborto em caso de estupro, inviável também seria que fosse obrigada a esperar por uma autorização judicial. O que se leva em consideração é a boa-fé, dignidade da pessoa humana e a prova idônea do cometimento do crime.

Nesse contexto, para que se siga um modelo formal, o Ministério da Saúde editou a portaria nº 1.508/2005, estabelecendo a obrigatoriedade de que se ocorra um procedimento para interrupção da gravidez. Por isso, o referido procedimento é composto de quatro fases, dentre elas, o relato dos fatos à equipe médica, acompanhamento multidisciplinar da gestante, lavratura do termo de autorização e termo de responsabilidade. (ESTEFAM, 2019, p. 173).

Portanto, mesmo com o estupro confirmado por boletim de ocorrência, para que se estabeleça a formalidade do procedimento, é necessário ainda que se faça o acompanhamento multidisciplinar a gestante, com a finalidade também de conferir maior apoio não somente físico, mas também psicológico à mesma.

Nesse íterim, outro ponto a ser discutido no aborto sentimental é se, assim como no aborto terapêutico, a enfermeira poderia realizar o procedimento no lugar do médico. O entendimento é o de que, em aborto humanitário, não há como se admitir

que o ato seja praticado por quem não seja médico, uma vez que existe todo um protocolo a ser cumprido pelo Ministério da Saúde e não há a urgência como há no caso do aborto terapêutico. (ESTEFAM, 2019, p.174).

Nessa ótica, a perícia médica é levada em consideração para que seja feito o aborto humanitário, não somente pela decorrência do tempo que há para realizar o aborto, mas também por tentar fazer com que esse procedimento seja feito com uma maior capacidade técnica em vistas ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, outrora ferido no ato do estupro.

Isso posto, além das hipóteses previstas em lei, existe outra forma de aborto que é permitida no Brasil, qual seja, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. A matéria foi tratada pelo Supremo Tribunal Federal quando apreciou a ADPF 54.

Nessa ótica, feto ou embrião anencéfalo é aquele que apresenta a falta de estrutura cerebral de maneira a impedir seu desenvolvimento com vida, seja dentro ou fora do útero. (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p.620).

Desse modo, por mais que não esteja dentro do Código Penal, a prática do aborto de feto anencéfalo é aceita no Brasil, uma vez que se trata de uma gestação infrutífera e que causa mais danos a mãe do que ao feto.

Se ao feto não existe atividade cerebral, então, por uma perspectiva jurídica, não há como considerar que há vida. Por outra seara, do ponto de vista médico, o feto anencéfalo não possui cérebro, portanto, seria incapaz de sobreviver à vida extrauterina, uma vez que seu falecimento é inevitável (JESUS, 2020, p.191).

Portanto, cabe a gestante a escolha de realizar o parto, mesmo sabendo que a vida fora do útero é inviável, ou praticar, de pronto, o aborto, fazendo com que o produto da gestação seja retirado por profissional especializado.

Nesse contexto, na visão de Damásio de Jesus (2020, p.191), não só deve ser respeitada a escolha da gestante, como também a mesma deverá ser informada que levar a gravidez adiante poderá acarretar numa condição psicológica avassaladora.

Nota-se, pois que a doutrina e a jurisprudência nesse sentido são extremamente cautelosas para com o cuidado com a mulher, respeitando sua liberdade individual de poder escolher, mesmo com as implicações físicas e psicológicas, a dar continuidade na gestação.

Por oportuno, merece enfoque o fato de que a gestante possui o direito de realizar o aborto de feto anencéfalo sem a necessidade de autorização judicial para tanto. Nesse sentido, basta que um profissional habilitado realize o diagnóstico, nos

termos da Resolução nº 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina (ESTEFAM, 2019, p.174).

Ultrapassado os tipos de aborto permitidos pela legislação penal em vigor, é preponderante que se entenda dois outros tipos de aborto, que são praticados em outros países, e que podem vir a ser praticados no Brasil, em tempos futuros. Diante disso, se faz necessário o estudo do aborto eugênico e o aborto por razões econômicas.

O aborto eugênico é aquele que é realizado quando os exames constatarem que aquele feto irá nascer com alguma doença, seja de caráter genético como, por exemplo, Síndrome de Down, como também poderá nascer com a ausência de algum membro, entre outras. Esse tipo de aborto não é permitido no Brasil (GONÇALVES, 2019, p. 184).

Como visto, no direito brasileiro, não há permissão para a prática desse tipo de aborto. Uma vez detectado, em qualquer fase do desenvolvimento do produto da gestação, que o mesmo possui qualquer tipo de doença, sua genitora não somente deve levar a gestação adiante, como também será responsável pelos cuidados com o indivíduo que está porvir.

A prática é embasada na exclusão de culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa. Por outro norte, o argumento utilizado para se permitir tal conduta é o de que a legislação não pode exigir que a genitora dedique toda sua vida a cuidar de um indivíduo portador de uma doença grave. (PRADO, 2019, p.816).

Assim sendo, não há uma obrigatoriedade de aborto em casos de má formação que não impeça a vida ou má deformidade genética. Seria conferida, nesses casos, a liberdade a mulher de escolher se deseja continuar a gestação e ter uma vida limitada em razão do filho ou não levar a gestação adiante.

Nessa ótica, são quatro modalidades possíveis de aborto eugênico, quais sejam: aborto praticado em mulher grávida deficiente, aborto praticado em mulher de idade avançada, aborto realizado sem diagnóstico pré-natal em razão das características dos pais e aborto realizado em razão da detecção no pré-natal de doença grave ou incurável (PRADO, 2019, p.817).

Entretanto, no direito penal brasileiro, no caso, por exemplo, de mulher com idade avançada o acompanhamento médico deve ser mais restrito para que, em caso de necessidade abortiva, essa seja enquadrada no aborto terapêutico.

Assim, para um caso como esse, o aborto visto do ponto da eugenia seria preventivo, enquanto do ponto de vista terapêutico, seria repressivo, com a finalidade precípua de salvar a vida da genitora.

É válido que se destaque que, em que pese o aborto eugênico não ser permitido no Brasil por lei, o judiciário tem concedido alvarás autorizando que seja feito tal aborto. Nesse sentido, em alguns casos, após comprovação incontroversa de que o feto não possui condições de sobreviver após o parto, parte da jurisprudência tem autorizado o procedimento (CIESLINSKI, 2010, p.10).

Nesse sentido, o que se apresenta perante a justiça brasileira é, guardadas as devidas proporções, certa flexibilização da matéria. Nesse ponto os magistrados têm analisado caso a caso minuciosamente, visto que o acervo probatório deve ser robusto para a autorização do aborto.

Em que pese ser um tema que levanta debates acalorados, recentemente o aborto eugênico foi palco, mais uma vez, de discussão na comunidade científica. Isso ocorreu em razão da infecção pelo Zika Vírus, quando diversas gestantes que tiveram o vírus durante a gravidez geraram crianças com microcefalia.

À época dos fatos, em 2018, o aborto em razão da microcefalia foi discutido não somente por razões de eugenia, mas também por conta dos gastos básicos mensais que deveriam ser suportados por família de baixa renda para manter a criança viva, em razão da criminalização do aborto nesses casos. (NETO et al., 2020).

Por conseguinte, é perceptível que, muitas vezes, o aborto eugênico traz consigo não somente a condição difícil de privação da própria vida e liberdade para se dedicar ao indivíduo em condições especiais, como também, a penosidade financeira. Isso ocorre porque em famílias com baixas condições econômicas, traz a dificuldade em manter a criança viva com dignidade, visto que, dependendo da doença, os gastos podem ser elevados.

Nesse contexto, outro tipo de aborto aceito em diversos países é o aborto por condições socioeconômicas. Desta feita, mulheres de baixa renda, na linha da pobreza ou com família numerosa vivendo em situação precária são suscetíveis à prática desse tipo de aborto. Ademais, o aborto motivos sociais como, por exemplo, mães muito jovens, também são abarcadas nessa espécie. (PRADO, 2019, p. 819).

Nesse sentido, o enfoque é a falta de suporte que a genitora e sua família podem proporcionar ao nascituro. Muitas vezes as famílias que desejam efetivar o

aborto por motivos econômicos não possuem condições suficientes para manter em condições dignas a sua própria família, que dirá uma nova vida.

Cabe o destaque que o aborto por motivos econômicos não é permitido no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, parte da doutrina contrária à legalização entende que o acolhimento desse tipo de aborto implicaria em insegurança jurídica, em razão da sua difícil verificação (PRADO, 2019, p.820).

Contudo, tal entendimento pode ser superado uma vez que se leva em consideração a legalização plena do aborto a até o terceiro trimestre gestacional, visto que estaria dentro do campo do livre arbítrio da mulher a escolha de manter a gestação.

Portanto, em se tratando da liberação plena do aborto no terceiro trimestre, situações como o aborto econômico e o aborto eugênico estariam no campo do poder de escolha da mulher.

Por todo exposto, uma vez compreendido como o direito brasileiro tem visto a matéria em âmbito constitucional e penal, urge que se compreenda como o ordenamento jurídico visualiza, de maneira específica, o embrião até o terceiro semestre gestacional.

Ademais, é preponderante que se entenda ainda o impacto prejudicial que os abortos realizados de maneira clandestina têm causado nas mulheres. Posteriormente, será apresentando como o legislativo tem tentado inovar na matéria, a fim de impedir que a vida da mulher seja perdida em razão da proteção exacerbada e desproporcional da vida intrauterina.

3 LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL TENDO COMO PARÂMETRO O PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO

Nos capítulos anteriores o presente estudo monográfico ambientizou a temática do abortamento, por primeiro, em suas bases históricas. Foi demonstrada como a matéria evoluiu durante os anos, bem como os pequenos avanços conquistados pelas mulheres para garantir, minimamente, os seus direitos.

Após o estudo do avanço legislativo brasileiro sobre a matéria, o trabalho monográfico se voltou à análise de como o aborto é visto de uma maneira globalizada. Nesse sentido, foram apresentados países favoráveis e contrários ao aborto, bem como a forma jurídica que esses enfrentaram o tema.

Posteriormente, após a visualização do avanço da matéria e estruturação do tema, se fez necessário conhecer como o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo lida com a matéria. Nesse sentido, foram analisadas as possibilidades abortivas no Brasil, bem como suas proibições e inovações jurisprudenciais.

Por conseguinte, uma vez apresentado ao leitor a compreensão de como o direito contemporâneo brasileiro entende o aborto, fica mais fácil discutir e compreender acerca do momento que pode se considerar, de fato, um aborto.

Nesse ínterim, resta preponderante que se adentre mais profundamente a temática proposta, qual seja, a plena legalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre. De tal forma, no presente capítulo será abordada a visão jurídica do produto da gestação em seus primeiros estágios de evolução.

Nesse ponto de vista, o estudo se volta a uma compreensão jurídica sobre o início da vida, desde a fecundação até o terceiro trimestre de gestação. Ademais, serão abordados posicionamentos acerca do estado de consciência do produto da gestação até o terceiro mês e o porquê de o aborto ser viável nesse período.

Diante disso, serão apresentadas diversas teorias que permeiam o início da vida e, por consequência, como tais entendimentos se encaixam na temática do aborto, já que se trata de um crime contra a vida.

O tema sobre o início da vida é polêmico e gera inúmeras discussões não somente a âmbito nacional, como também internacional. Portanto, o que se busca é uma análise sem que se esvaziem as teorias, mas apenas abordando aquelas que são as principais.

3.1 Visão jurídica do embrião no primeiro trimestre de gestação

O real início da vida ainda divide opiniões dentro da comunidade científica. Isso porque determinar, com precisão, o ponto inicial da vida de um ser necessita não somente de intensas pesquisas, mas também de uma tecnologia avançada, ou quem sabe até, ainda não alcançada.

Entretanto, é necessário que se haja um ponto inicial para que o ordenamento jurídico brasileiro consiga determinar a partir de qual momento, tanto o produto da concepção como a genitora, passam a gozar de direitos.

Ademais, é relevante que se entenda o início da vida já que, penalmente falando, só pode existir crime de aborto quando há o ataque ao bem jurídico vida intrauterina. Nesse sentido, antes desse momento específico do ataque ao bem jurídico, ocorrem apenas os atos preparatórios, que não são puníveis dentro do âmbito penal. (CAPEZ, 2018, p.135).

Dessa forma, o presente estudo se propõe a uma breve análise do processo de gravidez, visto que esse é o ponto de partida para que se discutam as questões de abortamento já que, para que o crime se efetive, o produto da gestação precisa necessariamente estar no útero.

Doutrinaria e juridicamente falando, a matéria do início da vida adquire diversas facetas. Isso ocorre porque a lei não determina com precisão qual o momento exato do início da vida intrauterina, abrindo margem a uma acalorada discussão.

A primeira teoria sobre o início da vida é a da fecundação. Para os adeptos dessa ideia a gravidez tem início quando o óvulo é fecundado pelo espermatozoide. A partir desse processo pode ser considerado que um ser começa a se desenvolver no útero materno. (ESTEFAM, 2019, p.101).

Na mesma linha de raciocínio entende Fernando Capez (2018, p.136), que o início da vida se dá dentro do útero materno quando o gameta masculino se une ao gameta feminino, momento em que ocorre a fecundação. Há de se destacar que, em que pese o embrião já ter sido formado, o mesmo não se fixou a parede do útero. Entretanto, a vida já existe.

Nesse sentido, para os que entendem que a vida começa com a fecundação, basta que haja a ejaculação e que o espermatozoide presente no sêmen encontre o óvulo e, de fato, fecunde, para que da união resulte o embrião, ser dotado de vida.

Por outro lastro, sob o espectro de Rogério Greco (2017, p.249), o início da vida, para fins da legislação penalista, é considerado somente após a nidação, ou seja, a partir do momento em que o óvulo fecundado se implanta junto à cavidade uterina da genitora. Via de regra, esse processo ocorre catorze dias após o óvulo ser fecundado.

Na visão de Luiz Regis Prado (2019, p.803), do ponto de vista biológico, o início da gestação é marcado pela fecundação. Entretanto, pelo entendimento jurídico, o início da gestação deve ser considerado no momento em que o óvulo se fixa ao útero materno, no processo denominado nidação.

A discussão entre o início da vida na fecundação ou na nidação abre margem para que se debata a utilização de métodos contraceptivos e as possíveis consequências de um aborto como, por exemplo, a pílula do dia seguinte.

Para aqueles que entendem que o início da vida começa com a nidação, médico e paciente não incorreriam em crime, visto que o fato seria considerado atípico, uma vez que o uso é autorizado pelo Ministério da Saúde. Por outro lado, para os adeptos à teoria da fecundação, o uso seria exercício regular do direito. Contudo, os adeptos a última teoria tentam convencer as autoridades que a pílula deve ser proibida, pois o uso seria aborto. (GONÇALVES, 2019, p.160).

Nesse sentido, em que pese o uso da pílula ser autorizado, a discussão ainda levanta diversas bandeiras principalmente dos mais conservadores, que são adeptos à teoria da fecundação.

Outro método contraceptivo que também reverbera em matéria de aborto é o uso do DIU (Dispositivo Intrauterino). Ocorre que para esse método existem dois tempos de forma de atuação: o primeiro, menos tecnológico, atua no fruto da fecundação, impedindo que esse chegue a se fixar no útero. Já na forma mais moderna, o dispositivo atua impedindo que ocorra a fecundação. (CAPEZ, 2018, p.136).

Nota-se, pois, que para aqueles mais conservadores e adeptos a fecundação como início da vida, o uso do DIU se trataria de uma interrupção da vida, visto que em uma de suas formas de atuação o mesmo age impedindo da nidação e expelindo um ser vivo.

Entretanto, assim como a pílula do dia seguinte, o uso do DIU não é considerado crime, uma vez que, por ser um medicamento permitido por lei, seu uso incorre em causa de exclusão de ilicitude. Nesse sentido, se a conduta é permitida

dentro do ordenamento jurídico, essa não pode gerar um resultado criminoso. (CAPEZ, 2018, p.136).

Outro ponto a se observar quanto ao início da vida e o aborto é a fertilização *in vitro*. Tal fato não foi abarcado em lei, uma vez que à época em que essa entrou em vigor, não havia a possibilidade da realização de tal procedimento.

Ocorre fertilização *in vitro* ou assistida quando o sêmen é recolhido e congelado para que, posteriormente, possa ser inserido no óvulo fora do útero. Assim sendo, após a fecundação em um recipiente, o óvulo fecundado é colocado no útero para que ocorra o processo de nidação. (CAPEZ, 2018, p. 134).

Nesse contexto, todo o processo que ocorreria dentro do útero ocorre fora deste a partir da técnica que um profissional habilitado para tanto realiza em um ambiente controlado. Essa técnica auxilia homens e mulheres que tem dificuldades em gerar um embrião pelo método natural.

Entretanto, como bem assevera Luis Regis Prado (2019, p. 804), aquilo que for praticado com esse embrião de forma extracorpórea não deságua no aborto. Isso porque, para que se configure o tipo penal, se entende que o embrião precisa estar no útero materno. Não obstante, não há que se falar em aborto quando o produto da fecundação está fora do útero. Sendo assim, as práticas relativas a embriões extrauterinos devem ser reguladas pela Lei de Biossegurança Lei nº 11.105/05.

Por outro prisma, para além da fecundação e nidação, Luiz Roberto Barroso (2005, p.98) identifica e adiciona ainda mais duas teorias, quais sejam: que o início da vida pode acontecer entre a 24ª e 26 semanas de gestação, momento em que o produto da concepção consegue existir sem a mãe ou ainda quando há a formação do sistema nervoso central.

Nesse sentido, a narrativa do doutrinador supracitado abre o debate para a discussão de mais teorias, deixando claro que o entendimento acerca do início da vida pode ser amplificado.

Isto posto, para a teoria acerca da capacidade do feto de existir sem a necessidade da genitora é o critério utilizado pela Suprema Corte norte-americana, bem como o adotado pelo Comitê de Ética da França. (BARROSO, 2005, p.98).

Como já foi visto, o critério do início da vida entre a 24ª e 26ª semanas não teve qualquer acolhimento no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o Brasil é um dos países mais restritivos em matéria de abortamento atualmente.

Contudo, por mais que a matéria sofra com a escassez de inovações legislativas, a doutrina e a jurisprudência tenta atualizar o tema acompanhando não somente os avanços tecnológicos, como também as tendências jurídicas.

Tal fato pode ser comprovado com o julgamento do HC 124.306 RJ, que será tratado de maneira mais detalhada à frente, mas que, no que toca ao início da vida, acolheu o expoente de que esse se inicia quando há a formação do sistema nervoso central.

Para essa teoria, se considera que, se pela Lei de Transplantes o fim da vida ocorre com a morte encefálica, então, pela lógica, o início da vida deve ocorrer quando o sistema nervoso é formado. (COUTO, 2021, p.544).

Nessa ótica, tanto o momento da fecundação, união do gameta feminino com o masculino, quando o da nidadação, momento em que ocorre a ligação entre o embrião e o útero, seriam insuficientes para considerar o início da vida. Ademais, se a lei já determina categoricamente quando será o seu final, não há razão de, pelos mesmos motivos, não determinar seu início.

Sobre a questão, o médico Dráuzio Varella aponta em seu artigo “A Questão do Aborto” que, para aqueles que são favoráveis ao aborto, defender que se pratique o ato até a 12ª semana de gestação não implicaria em dor física ou mental ao feto. Isso porque, no primeiro trimestre gestacional, o feto ainda possui um sistema nervoso limitado e, em razão disso, não possui condições de demonstrar consciência. (BERTOLDI et.al. 2013, p.12)

Nesse sentido, como não há que se falar em consciência, não há, por consequência, a ideia de dor, medo, tristeza ao feto. Contudo, se com a morte cerebral se considera que o indivíduo não consegue sentir esses sentimentos, não existem motivos para acreditar que um ser, ainda em formação, possa então senti-los.

Quanto à formação do embrião, Luiz Roberto Barroso em seu voto no HC 124.306 RJ, afirma que, se de um lado há aqueles que defendem que o início da vida começa com a fecundação, outros entendem que essa somente deveria se dar a partir da formação do sistema nervoso central, o que ocorre após o terceiro mês de gestação (BRASIL, 2016,p.8).

Portanto, a defesa por se considerar o início da vida após a formação do sistema nervoso central não possui amparo somente na doutrina, como também, há expoentes favoráveis na corte suprema.

Somando-se a isso, ainda há o caráter de que, até o terceiro trimestre gestacional, como o feto ainda não foi completamente formado, não há que se falar em vida extrauterina, uma vez que esta é completamente impossibilitada. (ESTIGARIBIA, 2020)

Portanto, para a teoria da formação neurológica, os principais motivos para que não se considerem as demais teorias é pela real impossibilidade da vida. Sendo assim, o que se teria até o terceiro trimestre gestacional seria uma mera expectativa, visto que não há consciência na matéria que está sendo formada.

Na visão de Ronald Dworkin (2003, p.23) não se pode precisar quando as capacidades mais complexas de um indivíduo primitivo começam a se desenvolver. Entretanto, é inimaginável que tais capacidades possam se desenvolver em um feto antes da trigésima semana gestacional, visto que é somente após esse período que através de um encefalograma fica possível detectar, por exemplo, quando o bebê está acordado ou dormindo.

Nesse sentido, resta perceptível que até a terceira semana gestacional, quando o sistema nervoso ainda está em formação, o indivíduo nem sequer distingue seus períodos de sono, que dirá sentir dor. Tal fato possui comprovação científica e não é razoável que por crença ou por fé se mantenha a sobrevivência do feto em detrimento da real vida da mulher.

Diante desse contexto, uma vez superado como o ordenamento jurídico penalista observa a questão do embrião, é preponderante que se abordem as consequências do aborto clandestino.

Isso porque, uma vez que a mulher possui consciência da sua gravidez indesejada e sabe que não pode procurar o médico dentro das motivações permitidas por lei, a única alternativa que lhe resta é o aborto clandestino.

Nesse ínterim, não há como abordar o tema do abortamento sem tocar nas inúmeras mulheres que, pela falta do acolhimento e entendimento Estatal, precisam ser submetidas a condições degradantes pelo não acolhimento de uma lei desproporcional.

Por todo o exposto, o presente trabalho passará a estudar o impacto dos abortos clandestinos, especialmente no Brasil, e como isso reverbera na tentativa da mudança da lei.

3.2 Os perigos do aborto clandestino

É cedo desde tempos mais remotos, que a mulher não possui total liberdade quanto ao seu próprio corpo. Como pôde ser visto, tanto por uma tendência mundial quanto pelo enfoque brasileiro, a mulher demorou mais que homem para conquistar seus direitos, em razão de uma visão patriarcal e machista da sociedade.

Essa demora na conquista de direito reverbera também na matéria do abortamento, visto que até os dias atuais vários países possuem restrições quanto ao aborto e, inclusive, alguns ignoram o fato de existir aborto acidental, punindo a mulher de maneira rigorosa.

O fato é que, todos os anos, várias mulheres que querem realizar a prática abortiva e não tem o amparo estatal, procuram clínicas clandestinas para realizar tal feito, gerando um grave problema para a saúde pública.

Em um primeiro enfoque, é preponderante que se destaque que pela ótica do ordenamento jurídico brasileiro, a criminalização do aborto não detém, por óbvio, a sua prática, acarretando muitas vezes em graves sequelas aos corpos das mulheres. (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p.941).

As clínicas de aborto clandestino não possuem a estrutura adequada e esterilizada de um hospital, trazendo assim diversas complicações ao organismo feminino e levando, muitas vezes, as mulheres ao óbito.

Nesse contexto, a prática do aborto, seja ele realizado de maneira legal ou não, gera um inevitável custo para o estado. Isso porque, por um lado, caso o aborto seja realizado de maneira legal, seus custos já foram previamente definidos. Entretanto, pela via do aborto ilegal, há o custo de além de realizar os procedimentos abortivos é necessário que o médico faça também os procedimentos curativos das lesões e possíveis sequelas. (OENNING; KIRCH, 2021, p.22)

Nota-se, pois, para essa temática específica, o ordenamento jurídico brasileiro atual não está acompanhando os avanços sociais e essa conduta além de ser prejudicial à saúde das mulheres, é também prejudicial aos cofres públicos.

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde, no Brasil, por ano, ocorrem cerca de um milhão de abortos clandestinos e aproximadamente 250 mil internações decorrentes de abortos clandestinos malsucedidos. (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p.941).

São dados alarmantes como esses que refletem a falta do amparo estatal e a resistência injustificada na tratativa do tema. Se as mulheres comprovadamente

realizam os abortos indesejáveis clandestinamente, a proibição legal se torna uma letra de lei morta, portanto dependente de reforma.

Dentro dessa análise, cabe ainda o destaque para o fato da diferença social entre as mulheres que procuram o abortar. Isso porque muitas mulheres que possuem uma melhor condição financeira, ao realizar o aborto, procuram clínicas especializadas. Já mulheres pobres se submetem, muitas vezes, a procedimentos abortivos extremamente inseguros e terminam falecendo. Há ainda aquelas que, devido à complicação do procedimento mal feito, evitam procurar o serviço médico por medo de serem denunciadas pelo aborto. (OENNING; KIRCH apud CAETANO, 2021, p.23).

Nessa ótica, o medo da denúncia pelos próprios médicos leva um afastamento extremamente prejudicial. Ou seja, por um lado, a mulher em situação vulnerável é punida pelas consequências de um aborto mal feito e, por outro ângulo, sofre a minguagem pelo medo da represália da lei.

Ademais, há que se destacar ainda que no Brasil, a criminalização do aborto também denota certa discriminação social. Isso ocorre porque mulheres negras têm mais chances de serem vítimas de abortos malsucedidos do que mulheres brancas. Assim, o aborto inseguro praticado por mulheres em sua maioria negras e em condições sociais menos abastadas, além de realizar o procedimento de maneira caseira, ainda tem dificuldade no acesso aos serviços de saúde que, via de regra, não são de qualidade no país. (CORRÊA et al., 2021, p.334).

Nota-se, pois, a evidente desproporção da aplicação da lei, visto que essa afeta com mais severidade mulheres com menos condições financeiras e socialmente discriminadas. Nesse sentido, o que se apresenta é, mais uma vez, a discriminação e uma lei que escolhe, dentre os que considera errados, aquele que irá punir.

Por outro ângulo, um dos pontos de debate ao aborto realizado de maneira segura está relacionado à falha dos métodos contraceptivos. Isso porque, em que pese existir métodos contraceptivos tanto para os homens, como preservativos, como para mulheres, como pílulas anticoncepcionais, por exemplo, nenhum deles possui 100% de garantia de eficácia, mesmo sendo utilizados corretamente com todo cuidado, fato esse que é, inclusive, trazido em suas bulas. (OENNING; KIRCH apud FIGUEIREDO, 2021, p.26).

Nessas circunstâncias, por mais que a mulher deseje precaver a gravidez e tome todas as medidas possíveis para que essa não ocorra, ela ainda está a mercê

de não conseguir evitar e ter que levar uma gestação indesejada adiante por força da lei, ou procurar a clandestinidade das perigosas clínicas abortivas para solucionar o problema.

Recentemente no Brasil a discussão da legalização do aborto voltou à tona em razão aos casos recorrentes do Zika Vírus. Foi posta a discussão se, em casos de microcefalia, o aborto deveria ser autorizado, como ocorre no caso dos anencéfalos. Contudo, no ano de 2020, o pedido de descriminalização foi negado para os casos de microcefalia. (SANTOS; PIO apud PELLICIARI; CARVALHO, 2020, p.75).

Nesse contexto, a pauta não foi somente a matéria da eugenia, mas também a preocupação das autoridades com os abortos realizados de maneira clandestina, visto que a doença exige boa condição financeira daquele que irá cuidar do indivíduo com essa limitação. Em razão disso, muitas mulheres de classes baixas realizaram abortos clandestinos por não ter condições de cuidar de alguém nessas condições.

Por outro norte, some a isso a atual pandemia do Corona Vírus que também afetou a matéria do abortamento clandestino. Com a pandemia, o isolamento social foi a recomendação dada tanto pelo Ministério da Saúde, como por diversos países, para que se evitasse o contágio e propagação do vírus. Em consequência, as mulheres passaram a ficar cada vez mais em casa, aumentando o risco de uma gravidez indesejada.

Nesse contexto, o mais recomendável seria evitar a gravidez. Contudo, como dito anteriormente, a tentativa pode ser falha e, sendo assim, as mulheres deveriam ter assegurado o direito de escolher pelo aborto, sem medo das duras penas da lei e sem recorrer à clandestinidade abortiva. (SANTOS; PIO, 2021, p.75).

É cristalino o entendimento de que, em meio a uma crise pandêmica, engravidar de maneira indesejada gera um duplo risco a saúde da mãe: por primeiro, pela própria gravidez em si que demanda um cuidado maior para com a mulher. Por segundo, caso essa mulher opte, por exemplo, por um aborto caseiro, as chances de internação são maiores e, com isso, o contato com o vírus.

Ademais, importa ressaltar ainda que, diante do quadro da pandemia instalada e dos hospitais lotados, a questão abortiva para mulher perdeu sua valorização, tendo por questões morais a superproteção do feto, ignorando, assim, o direito da mulher. (TAMANINI, 2021, p.191).

Nessa ótica, em razão da pandemia do Corona Vírus e diante de um serviço público de saúde deficitário e sobrecarregado, não somente pela demanda excessiva,

mas também pela falta de profissionais, os direitos das mulheres são aviltados em razão da proteção exacerbada do feto.

O deságue desse enredo é uma tentativa desesperada de realizar o aborto clandestino e, em caso de complicação, ficar a mercê da sorte na tentativa de conseguir um atendimento em condições ideais.

Por todo exposto, o ideal é que haja a flexibilização das leis penalistas para que se garanta maior proteção a mulher e aos seus direitos individuais. Não há razão para valorizar somente uma suposta vida em detrimento de outra.

Alerte-se que o direito, como já dito anteriormente, deve acompanhar os avanços da sociedade e as matérias devem ser tratadas sem represarias morais e religiosas.

É com vistas a isso que o presente trabalho monográfico passa a analisar, no próximo capítulo, as propostas legislativas que possuem como finalidade a alteração da forma como o abortamento é visto e punido no Brasil.

4 SÍNTESE DAS DISCUSSÕES DOS PROJETOS DE LEI SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

No capítulo passado foi apresentada ao leitor a importância da discussão acerca do aborto clandestino, uma vez que milhares de mulheres todos os anos sofrem com as consequências de uma gravidez indesejada, bem como pela falta de amparo legal nas questões de abortamento.

Entretanto, alguns projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados possuem o desígnio precípuo de tentar alterar a realidade das mulheres que possam passar por este problema, inserindo políticas públicas acolhedoras em respeito a sua liberdade e dignidade sexual.

O presente trabalho monográfico não tem o condão de esvaziar a matéria abordando todos os projetos de lei em trâmite, mas somente aqueles de maior relevância no amparo das mulheres.

Nesse sentido, após a aprovação do Código Penal de 1940, um dos projetos de lei em matéria de aborto de grande relevância foi o apresentado pelo então deputado José Genuíno, qual seja, o PL 3.465/1989.

O referido projeto previa que a opção de seguir com a gravidez ou a livre interrupção da mesma era um direito da mulher, pois somente a ela cabia dispor sobre seu próprio corpo. Ademais, reconhecia ainda que o abortamento clandestino figurava como um grave problema de saúde e esse não deveria ser confundido com moral ou religião. (JÚNIOR apud AMARAL, 2014 p.441).

Nesse íterim, poucos anos após a entrada em vigor do Código Penal de 1940, foi percebido que o tema do abortamento não foi abordado de maneira satisfatória aos anseios sociais. Ademais, urgia desde aquela época separar a moral e os preceitos religiosos dos direitos relativos ao aborto.

Posteriormente, na data de 14 de março de 1995, outro projeto de lei de grande importância entrou em debate, qual seja o PL 176/1995, também apresentado pelo mesmo parlamentar, José Genoíno, do partido PT/SP.

O referido projeto de lei previa ser livre a opção de ter ou não um filho e que era assegurado o direito de interromper a gestação em até 90 dias. Ademais, afirmava que, para que esse se realizasse, bastava a reivindicação da gestante e que o serviço público forneceria condições para a realização do abortamento (BRASIL, 1995).

Nesse sentido, o que se apresenta é que, por mais uma vez, a ideia do aborto voluntário foi trazido ao debate legislativo. Contudo, esse projeto de lei se mostrou mais simplificado que os outros, bem como já importava a ideia do aborto no primeiro trimestre de gravidez, o que denota irrefutável avanço no pensamento social da época nas questões abortivas.

Trazendo o contexto para mais próximo dos dias atuais, um dos projetos de lei que possui grande relevância por seu conteúdo é o PL 882/2015, apresentado na data de 24 de março de 2015, pelo deputado Jean Wyllys, filiado ao PSOL/RJ.

O projeto de lei supracitado, em linhas gerais, aborda não somente sobre a interrupção voluntária da gravidez nas doze primeiras semanas de gestação, mas também a garantia de que essa interrupção possa ser realizada pelo Sistema Único de Saúde.

A justificativa para trazer à tona a temática pelo projeto de lei foi a de que existe uma estimativa de setecentos e vinte e nove mil a um milhão de abortos realizados de maneira insegura no Brasil. Tais números deixam claro que se trata de um grave problema de saúde pública do país, que demandam de políticas públicas para o seu combate. (OLIVEIRA; GALLI, 2017 p.3)

A princípio, o projeto de lei informa que a garantia fornecida pelo estado do direito a reprodução consciente e responsável não quer dizer que se entenderá a interrupção voluntária da gravidez como método contraceptivo. Ao revés, o projeto de lei prevê como direito assegurado à todas as mulheres a diversidade na oferta de métodos contraceptivos nos serviços públicos, respeitando as particularidades de cada mulher. (BRASIL, 2015).

Nota-se, pois, que o PL 882/2015, aborda não somente a ideia do aborto voluntário e as políticas públicas para que esse se efetive, como também maneiras de prevenir que a mulher precise abortar. Garante, portanto, a diversidade dos métodos contraceptivos, cujo fornecimento seria de obrigação do Estado.

Adentrando mais profundamente nas questões do abortamento, o projeto de lei supracitado assegura que toda mulher pode decidir acerca da interrupção da gravidez de maneira voluntária durante as doze primeiras semanas. (BRASIL, 2015).

Nesse contexto, resta claro que o texto do projeto de lei segue a teoria da formação neurológica, uma vez que, como já estudado, o entendimento dessa teoria é o de que o feto não possui o sistema nervoso completo antes do terceiro trimestre gestacional. Assim, seria viável o aborto pela ausência de consciência e dor.

O PL 882/2015 dispõe ainda acerca das informações sobre direitos trabalhistas das mulheres grávidas, unidades de saúde disponíveis para realizar o aborto, bem como informações sobre prevenção e sexo seguro e apoio psicológico. (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, é possível notar que não se trata de um processo discricionário de aborto ou realizado a qualquer tempo gestacional. A proposta de legalização é pensada e estudada, não somente para que seja feita no momento adequado e mais seguro para a mulher, como também para que se forneça um apoio psicológico e de

educação sexual às mulheres que procurarem tanto a rede privada como também o sistema único de saúde para realizar o procedimento.

Na visão de Débora Nascimento Silva Frazão (2017, p.460) de tal, caso esse projeto de lei fosse aprovado o aborto no Brasil teria um tratamento mais adequado, visto que não somente seria fornecido pelo Sistema Único de Saúde, como também forneceria ampla informação às mulheres.

Ademais, o projeto de lei protege ainda a vontade da interrupção da gravidez de maneira voluntária tanto para gestantes com menos de dezesseis anos, as quais precisaram da autorização do genitor, como também para as que possuem de dezesseis a dezoito anos, que devem se manifestar em conjunto com seu representante legal. (BRASIL, 2015)

Faz-se extremamente oportuno tal posicionamento visto que a gravidez na adolescência no Brasil possui dados alarmantes. Segundo coleta de dados epidemiológicos, os resultados foram que cerca de 2,9% das meninas na faixa etária de dez a dezessete anos já tiveram pelo menos um filho. (SANTOS, 2021, p.5).

Nesse contexto, o projeto de lei se torna bastante acolhedor não somente para a problemática das mulheres adultas e independentes, mas também de adolescentes, que muitas vezes não possuem condições de sustentar a futura criança que está a chegar.

Cabe ressaltar, por fim, que atualmente o PL 882/2015 se encontra apensado ao PL 313/2007 que aborda questões acerca de planejamento familiar e educação sexual.

Na tentativa de contraponto ao projeto apresentado pelo ex- deputado Jean Wyllys, outro projeto de lei apresentado na mesma data, qual seja 24 de março de 2015, foi o PL 891/2015, proposto pelo deputado Flavinho do partido PSB/SP.

O referido projeto, ao tratar sobre a liberdade individual e direitos reprodutivos, entrou em contraste com a PL 882/2015, ressaltando que nenhuma mulher tem o direito de realizar a interrupção voluntária da gravidez, ainda que se esse procedimento for feito por um médico. (BRASIL, 2015)

Trata-se de um claro retrocesso em forma de projeto de lei, uma vez que, como foi amplamente abordado no presente trabalho monográfico, a tendência mundial é justamente pela legalização do aborto, ressaltados os períodos de tempo gravídico aceito em de cada país.

Conforme exposto, a tentativa de alterar a legislação com vistas à uma aceitação do aborto voluntário, principalmente até o primeiro trimestre de gravidez, remonta as entranhas legislativas, visto que essa é uma tecla que vem sendo batida há muito tempo.

É preponderante que se perceba também que a matéria da legalização do aborto passou por certo refinamento, visto que os projetos de leis mais recentes que visam à legalização abordam também sobre a saúde psicológica, educação sexual e prevenção de novas gravidezes indesejada.

Em que pese existirem projetos de leis contrários, os mesmos refletem pensamentos morais, religiosos e conservadores mais arcaicos e vão de encontro ao avanço mundial na temática.

Nesse ínterim, uma vez compreendido o âmbito legislativo, é preponderante que se estude acerca do voto do ministro Luis Roberto Barroso, no HC 124.306 RJ, o qual entonou notas acerca de uma possível decisão do STF acerca do tema.

Portanto, o presente estudo monográfico parte para a análise do habeas corpus supracitado, realizando um estudo pormenorizado dos seus nuances, bem como o impacto que o mesmo teve no ordenamento jurídico com vistas à plena legalização do aborto o primeiro trimestre gestacional.

5 ESTUDO DE JURISPRUDÊNCIA: ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO DO HC 124.306 RJ

Fazendo um apanhado geral, durante todo o estudo monográfico, foi possível entender como a questão do abortamento possui relevante impacto no mundo jurídico. Desde o início dos tempos modernos, o aborto é visto como algo moralmente errado e, até mesmo, pecado, pela visão dos religiosos.

Nesse sentido, algumas visões sociais passaram a ditar as regras iniciais de como deveria ser tratado o tema do aborto na sociedade. Entretanto, com os avanços

tecnológicos a forma mais primitiva e enraizada de preceitos moralistas e religiosos começou a cair por terra.

Assim sendo, como foi mostrado, diversas civilizações ao redor do globo buscaram se adequar à nova realidade social, flexibilizando e legalizando as questões do abortamento acolhendo, por derradeiro, a liberdade sexual feminina.

Contudo no Brasil essa temática ainda se arrasta sobremaneira, visto que o país é uma das civilizações que tem mais rigor ao tratar da matéria sobre o abortamento no mundo.

Em decorrência disso, milhares de mulheres buscam o apoio de clínicas clandestinas para realizar o aborto, o que torna todo o tema uma imensa bola de neve. Ou seja, a mulher que procura a clínica abortiva e obtém por um procedimento cirúrgico incorreto, passa a não somente a precisar do Sistema Público de Saúde para terminar de realizar o procedimento, como também, para corrigir todas as falhas e problemas de saúde dele gerados.

Com vistas a isso, houve a implementação de diversos projetos de lei na tentativa de tornar o aborto seguro um direito da mulher, com vistas à sua liberdade sexual, autonomia e dignidade da pessoa humana.

Diante de todo esse contexto, o Supremo Tribunal Federal, mais precisamente o voto do ministro Luís Roberto Barroso, ao tratar de um habeas corpus, se pronunciou a respeito da inconstitucionalidade da aplicação do tipo penal do aborto no primeiro trimestre de gestação.

Nesse ínterim, o presente trabalho monográfico se propõe em seu último capítulo a análise detalhada do referido voto, bem como o impacto que os argumentos sobre a inconstitucionalidade do aborto no primeiro trimestre causaram ao ordenamento jurídico.

O caso apresentado a julgamento ao STF foi sobre pacientes tipificados pela conduta de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha. Os mesmos foram presos em flagrante, porém, lhes foi concedida liberdade provisória. Entretanto, o Ministério Público recorreu dessa decisão, tendo seu pedido acolhido e a prisão preventiva decretada. Assim sendo, a defesa impetrou Habeas Corpus no STJ e, posteriormente, no STF. (BRASIL, 2016, p.2-3)

Nota-se, pois, que o voto do ilustre ministro não foi necessariamente sobre um processo que se tratava unicamente da matéria de aborto. Entretanto, seu voto

causou um impacto estrondoso, fazendo com que toda a comunidade jurídica voltasse os olhos a possibilidade da legalização do abortamento voluntário.

No voto do Ministro Luís Roberto Barroso, por primeiro, abordou acerca da própria prisão preventiva, informando que não havia elementos suficientes para a custódia cautelar, bem como que não se encontravam preenchidos os requisitos do artigo 312 no caso em tela, sendo seu voto determinante para conceder o habeas corpus para pacientes e corréus. (BRASIL, 2016, p.4-5).

Adentrando propriamente à temática do abortamento, o supracitado ministro aborda que criminalizar o aborto antes do primeiro trimestre de gestação viola vários direitos fundamentais da mulher e, por essa razão, merece ser descriminalizado.

Para sustentar a sua tese, o ministro Luis Roberto Barroso traz a debate a violação da autonomia da mulher. Nesse sentido, aponta que criminalizar a conduta interfere no direito que os indivíduos têm de fazer suas próprias escolhas e decidir sobre o rumo da sua vida. Ademais, afirma ainda que o útero feminino não está a serviço da sociedade para ter suas decisões invalidadas, como se não soubesse pensar e viver a própria vida. (BRASIL, 2016, p.9).

Nesse contexto, criminalizar a conduta do aborto significa a interferência gritante do Estado em algo que deve ser de interesse individual da mulher, visto que é a sua vida privada que será afetada.

Nesse íterim, na visão dos que são pró-legalização, o feto faz parte do corpo da gestante e não o contrário, ou seja, a condição de vida do feto está intimamente ligada à vontade da mãe em seguir a gestação. Assim sendo, a mulher é livre para decidir o que fazer com o seu corpo para dispor e escolher o que quisesse. (OENNING; KIRCH apud BELO, 2021, p.25).

Outro ponto abortado pelo HC 124.306 é a violação do direito à integridade física e psíquica da mulher, disposto no artigo 5º, caput e inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, se considera que a integridade psíquica da mulher é abalada visto que, o que seria uma benção em uma gravidez desejada, se torna um tormento para mulheres que tem a gravidez indesejada. Gerar uma criança é uma responsabilidade que se leva para toda a vida da mãe e tal fato exige renúncia, dedicação e comprometimento profundo com aquela pessoa. Gerar alguém por imposição do direito penal é violar a integridade da mulher física e psiquicamente. (BRASIL, 2016, p.9-10).

Por tal motivo, deveria ser dever do Estado zelar também pela dignidade humana e pela qualidade de vida física e psíquica da mulher, que já é um ser existente e independente. Suportar as mudanças corporais e, principalmente, as mudanças de vida de uma gravidez indesejada por imposição estatal é condenar a mulher a uma pena desproporcional e aviltante.

Some-se a isso que criar um filho contra a sua vontade, além dos danos físicos e psíquicos já citados, é preponderante que se destaque também a angústia, para toda a família, da criança nascer em uma família inapta a tê-la. (OENNING; KIRCH apud FARIA, 2021, p.27).

Seguindo com o detalhamento do HC 124.306, foi também defendido que a criminalização do aborto incorreria na violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

Após grave repressão história a sexualidade da mulher, deveria ser do Estado à proteção aos seus direitos com maior intensidade, sem discriminação, preconceitos ou tabus. Sendo assim, a mulher deve ser possuidora do direito de decidir quando e se tem interesse na gestação, sem que seja obrigada ou coagida a fazer essa escolha. (BRASIL, 2016, p.10)

Nesse sentido, o que se presume pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso é que o Estado deve garantir a mulher que seus direitos sexuais, que por séculos foram desprezados, sejam valorizados e acolhidos, longe de uma ideia machista em que a mulher, por ser biologicamente capaz de gerar uma criança, esta fadada inevitavelmente a esse destino.

Outro ponto importante abordado no HC 124.306/RJ se trata da igualdade de gênero. Nesse sentido, dispõe que a criminalização gera imensa desigualdade entre os indivíduos e reafirma injustiças históricas discriminatórias e repletas de estereótipos da identidade feminina e seu papel na sociedade. Na visão do ministro Barroso, há uma visão idealizada socialmente da maternidade que pode significar um fardo para as mulheres que não a desejam. (BRASIL, 2016, p. 11).

Conforme amplamente abordado no presente trabalho monográfico, deveria ser direito da mulher a escolha pelo aborto, já a cobrança de ter um filho e cuidar do mesmo, socialmente falando, é muito desproporcionalmente maior em cima da mulher que do homem.

Diante disso, é preponderante que a legislação reveja esse posicionamento histórico de atrelar mulheres a maternidade de maneira indiscriminada, pois muitas

delas não têm o desejo de serem mães e se veem obrigadas a tanto pela repressão estatal.

Não cabe mais a narrativa de que as mulheres foram mães porque não se protegeram, haja vista que métodos contraceptivos são falhos, tampouco atrelar isso a uma vontade divina, visto que o Estado é laico e suas decisões devem ser desassociadas de preceitos religiosos. O Estado deve garantir a proteção dos direitos da mulher e não penalizá-las por algo que já é indesejado.

Nesse contexto, se faz oportuna a transcrição do espectro de Ronald Dworkin, abordado em seu livro *Domínio da Vida* (2003), a saber:

Se as mulheres fossem livres iguais aos homens em suas relações sexuais, dizem as feministas- se tivessem um papel mais verdadeiramente igual na formação do ambiente moral, cultural e econômico no qual crianças são concebidas e criadas- então o status de um feto seria diferente, pois seria mais verdadeira e inequivocamente a criação intencional e desejada da própria mulher, em vez de algo que lhe é imposto. (DWORKIN, 2003, p.78)

Por tal motivo, urge que seja realizada a equalização e a reparação de um problema histórico que é atrelar a existência de todas as mulheres à necessidade da maternidade. Não há como suportar nos dias atuais a escravização do útero feminino. Devem ter filhos aquelas que querem fazê-lo, e as que não querem, que lhes seja resguardado o direito a interrupção voluntária.

Outro ponto importante que HC 124.306/RJ abordou foi à questão da discriminação social e impacto desproporcional sobre as mulheres pobres. Em seu texto, afirmou-se que mulheres pobres não tem acesso a clínicas particulares e nem podem usar o serviço público de saúde para realizar o aborto. Por conta de tal deficiência, essas mulheres recorrem a clínicas clandestinas, que não possuem a estrutura médica adequada, trazendo riscos à sua saúde, podendo, inclusive, leva-las ao óbito. (BRASIL, 2016, p.11)

Como foi exposto no capítulo passado, a falta de acolhimento estatal gera a inevitável busca pelo aborto clandestino, até mesmo o aborto em domicílio pelo consumo das pílulas abortivas. Isso gera um imenso problema de saúde pública, visto que as mulheres passam a procurar as unidades de saúde pública após o abortamento, com sequelas e riscos a sua vida extremamente intensificados e muitas vezes até irreversíveis.

Quadro proporcionalmente pior se instaura quando a mulher que abortou de maneira clandestina busca o hospital. A assistência médica por ela recebida visa, por primeiro, verificar se ainda existe viabilidade fetal para que então se reverta os sintomas maternos ainda no intuito de preservar a vida do feto. Assim sendo, somente quando se percebe que não existe mais vida intrauterina é que se tomam procedimentos para esvaziar o útero, com a finalidade de prevenir hemorragias para reestabelecer, de fato, a saúde materna. (ANJOS et al., apud SOUZA et al., 2013, p 149).

Portanto, o que se observa é a supervalorização do feto, que somente tem uma expectativa de vida, em detrimento da valorização da vida humana da mulher que procurou ajuda hospitalar. É uma cultura desumana, permeada de estigmas e desvalorização da mulher enquanto ser humano.

Nesse ínterim, em países como o Brasil, o caminho traçado até os meios abortivos clandestinos, a divulgação de casos de mulheres que, ainda internadas, são consideradas sob a custódia estatal, bem como a falta de humanização nos serviços de saúde, torna a vivência da mulher um drama que merece ser amplamente debatido, com vistas à saúde dessas mulheres e ao combate da violência institucional. (ANJOS et al., apud ROCHA; BARBOSA, 2013, p.150).

Superado os direitos fundamentais apresentados, o HC se dedica à análise da proporcionalidade da aplicação da pena do aborto, bem como dos seus subprincípios adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O Princípio da Proporcionalidade remonta suas origens ao Iluminismo, em especial ao autor Cesare Baccaria, que afirmava que as penas previstas em lei deveriam ser aplicadas de maneira proporcional aos delitos praticados e aos danos causados à sociedade. (PRADO, 2019, p.106).

Nesse sentido, a norma penal incriminadora deve ser proporcional ao ato praticado pelo agente a fim de que não se puna de maneira exacerbada alguém que cometeu um crime que, inclusive socialmente, não haveria tal repercussão incriminadora.

Ademais, Montesquieu assevera ainda que estabelecer uma proporcionalidade entre o delito e a pena é uma forma de impedir o excesso e uma violência entre os homens. (PRADO, 2019, p.106).

Por tal motivo, se faz necessária uma ponderação entre a conduta e a pena, visto que não se deve usar dos meios legais para fazer uma justiça desmedida e pelos seus próprios interesses. Evita-se, portanto, a figura do carrasco penal.

Destrinchando a proporcionalidade nos princípios secundários, o primeiro princípio a se abordar é o Princípio da Adequação. Por esse princípio, o HC 124.306 RJ se propôs a analisar se a criminalização protege, de fato, a vida do feto. Nesse sentido, foi percebido que a criminalização do aborto, pelo Princípio da adequação, não impede o aborto em si, apenas impede que sejam feitos abortos de maneira segura para as mulheres. (BRASIL, 2016, p.13)

Como exaustivamente abordado no presente trabalho monográfico, não há como impedir que as mulheres realizem o aborto só porque há a criminalização. O reflexo disso é negativo apenas para a mulher, que põe em risco sua saúde por falta de apoio estatal.

Em relação ao subprincípio da necessidade, o HC 124.306/RJ asseverou que é preciso que se verifique se não existe um meio alternativo à criminalização da conduta. Ou seja, é necessário que se verifique se há como proteger, de maneira igualitária, tanto a vida do nascituro, como também os direitos relativos à integridade física e psíquica da mulher, bem como seus direitos sexuais, reprodutivos, etc. (BRASIL, 2016, p.14).

O direito penal é a ultima ratio do ordenamento jurídico, ou seja, ele não deve ser aplicado de maneira indiscriminada a toda e qualquer situação. O direito penal deve atuar como última ferramenta do Estado na repressão de uma conduta.

Nesse contexto, uma das soluções apresentadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto foi o de acompanhar a tendência mundial de permitir que a mulher realize o aborto no primeiro trimestre gestacional. Além disso, abordou que o Estado deve atuar com programas de conscientização de planejamento familiar e educação sexual. (BRASIL, 2016, p.14)

Como abordado em capítulo anterior, para a teoria do início da vida com a formação neurológica, o abortamento não afetaria o feto, uma vez que esse não possui toda a sua estrutura neurológica formada e, sendo assim, é incapaz de sentir dor ou até mesmo de existir fora do ventre materno.

Nesse sentido, o aborto no primeiro trimestre gestacional se confirma como uma opção viável a questão de saúde pública de abortamento no Brasil por diversos

motivos. O abortamento nesses termos reflete na saúde da mulher e no respeito a sua dignidade e liberdade individual.

Some-se a isso, para garantir maior proteção à mulher, políticas de educação sexual e divulgação de métodos de prevenção e conscientização em meios públicos de informação, como televisão, rádios, internet, entre outros, é um passo extremamente relevante a ser dado. Ademais, a educação sexual deve ainda se estender ao âmbito escolar, inclusive, como uma oportunidade de proteção e conscientização de crianças e adolescentes sobre abuso, gestação indesejada e formas de prevenir doenças sexualmente transmissíveis. (OENNING, KIRCH, 2021, p.28).

Portanto, as políticas públicas de conscientização devem andar de mãos dadas com a possibilidade de abortar no primeiro trimestre gestacional, pois se tratam de proteção a mulher de maneira preventiva e repressiva a uma gravidez indesejada.

Por fim, o voto do ministro Luís Roberto Barroso no habeas corpus em análise trata ainda da aplicação do último subprincípio relativo ao Princípio da Proporcionalidade, qual seja a Proporcionalidade em Sentido Estrito.

Nesse contexto, reconheceu que, com o avanço da vida do feto, sua proteção deve ser maior, principalmente quando esse consegue efetivamente viver fora do útero materno. Entretanto, nos estágios iniciais da vida, como no primeiro trimestre gestacional, seguindo o entendimento de países desenvolvidos, há a possibilidade de interrupção da gestação visto que não há, nesse período, o desenvolvimento do córtex cerebral, bem como o desenvolvimento de qualquer tipo de sentimento. (BRASIL, 2016, p.16-17).

Nesse contexto, é mais do que cristalina a necessidade da legislação penalista se adequar a realidade fática do país. Não cabe mais a ideia extremamente punitiva e restritiva do direito da mulher em detrimento da expectativa de vida do feto.

Para arrematar o entendimento acerca da possibilidade e viabilidade do aborto no primeiro trimestre gestacional, aborda ainda o Ministro Luís Roberto Barroso que o Código Penal é da década de quarenta, enquanto a Constituição Federal é de 1988. Sendo assim, a hipótese é de não recepção dos artigos 124 a 126 do diploma penalista (BRASIL, 2016, p.17).

Por todo o exposto, urge a necessidade de discussão do tema sem amarras religiosas, conservadoras e moralistas. Urge que se revejam os artigos que proíbem que o aborto voluntário seja realizado até o terceiro trimestre de gestação, visto que

essa é uma tendência mundial da grande maioria dos países desenvolvidos e não só garantem a proporcionalidade da criminalização, como também, garante a proteção da saúde e dos direitos da mulher.

O Direito Penal não deve ser um instrumento de represália social, tampouco não deve ser uma arma moralista que defende os interesses de uns em detrimentos dos outros. Sendo assim, a ideia da plena legalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação se mostra não somente eficaz para aquelas que passam por tal difícil situação, mas também é uma forma de proteção à mulher, por questões, também, de saúde pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início dos tempos a condição feminina na sociedade passou por diversas dificuldades, tanto com relação à validação dos seus direitos, como também o respeito a eles.

Na temática do abortamento, a luta feminina sempre foi pelo reconhecimento de suas liberdades individuais, bem como pela sua dignidade enquanto pessoa. Como foi possível observar, até os dias atuais, muitas mulheres travam verdadeiras lutas institucionais para ver seus direitos garantidos.

No que toca a evolução do direito penal pátrio, pouco se percebeu alteração nas opções em que a mulher pode realizar medidas de abortamento. Atualmente, no Brasil, pelo Código Penal Brasileiro, somente é possível realizar o abortamento em duas hipóteses, quais sejam: em caso de estupro e caso haja risco a saúde da mãe.

Mesmo nesse contexto, com a incessante evolução científica, algumas formas de realização de aborto passaram a ser aceita. Entretanto, o código penal permaneceu inalterado.

Um exemplo clássico disso foi à admissibilidade jurisprudencial da possibilidade de realização de aborto em fetos anencéfalos e que biologicamente não possuem a menor condição de permanecerem vivos. Contudo, é preponderante que se observe que, mesmo com essa inovação na temática do abortamento, sua evolução legislativa caminha a passos estreitos.

Nesse ínterim, cena diferente é possível visualizar no exterior, principalmente no que toca a evolução da matéria em países desenvolvidos. Por lá, a maioria das legislações não somente abarca os casos de aborto já aceitos no Brasil, como também, inclui a opção da mulher abortar de maneira voluntária, até um determinado número de semanas.

Sob essa ótica, uma vez que o ato de realizar o aborto depende do fato da mulher estar grávida, muitas teorias surgiram a fim de validar a realização do procedimento abortivo de maneira voluntária.

Uma das teorias que chama mais atenção e que valida a experiência do aborto nas primeiras semanas gestacionais é a teoria da incompletude do sistema nervoso central.

Como visto, para essa teoria, até o terceiro trimestre gestacional, seria possível a realização do aborto, uma vez que o feto não conseguiu formar totalmente o sistema nervoso e, sendo assim, seria incapaz de ter consciência e de sentir dor.

Ademais, é também observado que, até o terceiro trimestre gestacional, não há possibilidade de o feto existir sem que esse esteja no útero materno. Ou seja, não subexiste sozinho.

A teoria supracitada valida de maneira grandiosa os grupos que são pró-aborto, visto que tira um pouco a superproteção do produto da gestação para que se voltem os olhares à mulher.

Nesse sentido, se expõe em todo o ordenamento jurídico a necessidade do debate da temática, pois a mulher vem sendo diuturnamente invalidada em seus direitos existenciais, em detrimento ao ser ainda em formação. Ser esse que, diga-se de passagem, não há certeza concreta que, ainda no útero materno, consiga completar o ciclo natural de meses para conseguir existir por si só.

O que se vê atualmente é uma lei penalista extremamente defasada, com valores da década de quarenta, a qual já se passaram mais de 80 anos. Nota-se, inclusive que projetos de lei que entram para debate são arquivados por políticos moralistas e religiosos, desprezando a liberdade sexual e reprodutiva da qual a mulher tem direito.

Todo esse contexto deságua no triste e degradante derramamento de sangue de milhares de mulheres que vem a falecer por se verem obrigadas a realizar abortos clandestinos, em condições péssimas de higiene e segurança.

Em contraponto, aquelas que obtêm um fantasioso sucesso na empreitada abortista, logo se depara com a necessidade de atendimento médico por conta de hemorragias ou até por dificuldades de expelir por completo o produto da concepção. Ademais, há ainda o triste destaque daquelas mulheres que morrem em razão da manobra, ainda que essas sejam atendidas pelo sistema único de saúde.

Algumas mulheres vivem um completo desespero por precisar recorrer a uma conduta que sabidamente pode trazer mal a sua saúde. Entretanto, desespero maior é saber que carrega uma vida em seu ventre, a qual não possui a mínima condição de cuidar, dado o fato de optar por um método, até mesmo suicida, de praticar o aborto clandestino, doloroso e bastante perigoso.

Como visto, muitas mulheres que realizam as práticas abortivas o fazem por não possuírem condições de cuidar de uma criança, ou por ver o rumo da vida sendo colocado em segundo plano, em pró de algo que não foi desejado.

Por oportuno, cabe considerar ainda que a busca pelo abortamento não se trata, necessariamente, da falta de informação dos métodos contraceptivos. Sim, a falta de informação ocorre, mas também ocorre a falha desses métodos preventivos.

Nesse sentido, uma mulher que se precaveu contraceptivamente durante seu ato sexual por não desejar a gravidez e se vê grávida, é obrigada pelo Estado a carregar em seu ventre um indivíduo que não desejava.

A mulher é colocada socialmente ao dispor da sociedade, assim como foi historicamente durante tantos anos. É uma violência institucionalizada, onde não é observado o direito de mulher de ter liberdade para escolher o que fazer com seu próprio corpo.

Por todo esse contexto, urge que se abram possibilidades para que a mulher possa realizar, de maneira segura e acessível, o aborto até o terceiro trimestre gestacional.

Tal medida asseguraria não somente a saúde da mulher, que através do serviço público de saúde poderia ter acesso a um abortamento seguro e eficaz, mas também garantiria segurança ao feto, visto que, após o terceiro trimestre de gestação, terá seu direito de nascer protegido pelo Estado.

Diga-se de passagem, há casos em que a mulher pobre, quando descobre a gravidez, passa a juntar as finanças e planejar o aborto. Normalmente quando tal gravidez é descoberta, já dura várias semanas ou meses, soma-se também o tempo que irá transcorrer até a gestante conseguir financiar o aborto. Muitas vezes ultrapassam os 3 meses.

Assim sendo haveria uma equalização de direitos tanto da gestante, que possuiria sua garantia de abortar enquanto o feto não possuísse seu sistema nervoso formado, como também para o feto, que após o terceiro trimestre demonstra lapsos de consciência, podendo ser protegido da prática abortista.

Nesse sentido, a liberação do aborto até o terceiro trimestre gestacional traria a proporcionalidade tão buscada pelas mulheres na aplicação dos dispositivos penalistas.

Some-se a isso, liberação do aborto voluntário até o terceiro trimestre gestacional garantiria a igualdade entre homens e mulheres, já que essas são as que

sentem a intensidade do que é gerar um bebê e, culturalmente, são as que mais cuidam das crianças.

Ademais, com a legalização do abortamento voluntário nos moldes propostos, seria edificado em nossa sociedade o respeito à dignidade reprodutiva e sexual da mulher, há muito esquecido e desprezado.

O Direito deve evoluir junto com a sociedade para que se garanta não somente uma aplicação justa e proporcional, como também para que se honrem direitos fundamentais de todos.

Diante da evolução global da temática, o Brasil é um dos países que contém uma das legislações mais restritivas no que diz respeito ao abortamento. Não há mais razão para se colocar panos quentes sobre essa matéria.

Além disso, é preciso que se compreenda que o Estado é laico e que o tema deve ser abordado sem interferências religiosas e moralistas. O Estado deve garantir a aplicação da lei de forma igual a todos, respeitando todos os indivíduos em seus direitos e garantias fundamentais.

Outrossim, conforme verificado, o STF já esboçou uma possível posição positiva sobre a temática da plena legalização do abortamento até o primeiro trimestre gestacional no julgamento do HC 124.306.

O egrégio tribunal é a favor da vida, não somente da vida do nascituro, mas também da vida da mulher e da garantia do respeito da autonomia das suas decisões, das suas liberdades e o respeito à dignidade da pessoa humana.

O norte a ser seguido é a equalização e não a superproteção de um em detrimento total do outro. Nesse sentido, a legalização do aborto até o terceiro trimestre gestacional é um caminho válido a ser seguido em respeito a todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Argentina aprova legalização do aborto: em que países da América Latina o procedimento já é legal. *BBC News*, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-55476576> >. Acesso em: 08 de junho de 2021

AMARAL, Fernanda P. *A situação do aborto inseguro na América Latina com ênfase no Brasil: uma afirmação de direito humanos*. Revista *Ártemis*, Paraíba, v.8, p.118-131, jun. 2008. Disponível em: <<https://biblat.unam.mx/hevila/RevistaArtemis/2008/vol8/10.pdf>> Acesso em: 16 jun 2021;

ANJOS, Karla Ferraz dos et.al. *Aborto no Brasil: a busca por direitos*. Revista *Saúde e Pesquisa*, Bahia, v. 6, n.1, p.141-152, jan/abr. 2013. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/262540904_ABORTO_NO_BRASIL_A_BUSCA_POR_DIREITOS. Acesso em: 27 jun 2021;

BARROSO. Luiz Roberto. *Gestação de fetos anencéfalos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição*. Revista *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.241, p.93-120, jul./set. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43329/44670>. Acesso em: 21 jun. 2021;

BERTOLDI, Maria Eugênia et al. *Aborto: uma visão legal e biomédica*. JICEX- I *Jornal de Iniciação Científica e de Extensão Universitária*. Curitiba. v.1.n.1, 2013. Disponível em: <<http://unisantacruz.edu.br/revistas/index.php/JICEX/article/view/51>>. Acesso em: 15 abr. 2021;

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

BOUERI. Aline Gatto. *Portugal, Espanha e Uruguai: o que aconteceu após a legalização do aborto?*. *Gênero e Número*, 2018. Disponível em: <<http://www.generonumero.media/portugal-espanha-e-uruguai-o-que-aconteceu-apos-legalizacao-do-aborto/>>. Acesso em: 14 mai. 2021;

BRASIL. *Atenção Humanizada ao Abortamento: norma técnica*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em:

<https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2021;

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei 313/2007*. Altera a Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que “regula o §7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.” Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=439795&filename=PL+313/2007>. Acesso em: 26 jun 2021

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei 882/2015*. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015>. Acesso em: 26 jun 2021

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei 891/2015*. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1105078>>. Acesso em: 26 jun 2021

_____. *Código Criminal do Império de 1830*. Manda executar o Código Criminal. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 24 mai. 2021;

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021;

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021;

_____. *Projeto de Lei nº 176/1995*. Dispõe sobre a opção da interrupção da gravidez. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13ABR1995.pdf#page=26>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306 RJ*, Voto Vista Min. Luís Roberto Barroso. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão, 09 de agosto de 2016. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 05 fev. 2021;

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol.2. parte especial: arts 121 a 212. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

CIESLINSKI, Josélia. *Aborto e a polêmica legalização nos casos de anomalias irreversíveis*. Revista Jurídica CCJ/FURB. Blumenau, v.12, n. 28, p.77-92, ago/dez, 2010. Disponível em: < <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/2407> >. Acesso em: 16 jun. 2021;

CÓDIGO DE HAMURÁBI. *Polícia Militar do Estado de São Paulo*, 2016. Disponível em:< <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/index.php/legislacao-direitos-humanos/>>. Acesso em: 17 jun. 2021;

CORRÊA. Alessandra. Aborto nos EUA: como novo caso na Suprema Corte pode limitar direito à interrupção da gravidez. *BBC News*, 2021. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57155254>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

CORRÊA, Andressa Andrade et al. *A criminalização do aborto no Brasil: suas implicações na vida da mulher e na saúde pública*. Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior. Rio de Janeiro, v.13. n.1, 2021. Disponível em: <https://jefvj.emnuvens.com.br/jefvj/article/view/781/767>. Acesso em: 24 jun 2021;

COUTO, Cleber. Uma janela para a vida. Sobre o início da vida e sua proteção jurídica. Revista Jurídica Luso Brasileira. Lisboa. n.3, p.539-570, 2021. Disponível em < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021_03_0539_0570.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021;

CUBA. *Ley nº 62.Código Penal Cubano*. 29 de diciembre de 1987. Disponível em: https://oig.cepal.org/sites/default/files/1987_codigopenal_cuba.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021;

DWORKIN. Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

El Parlamento de El Salvador archiva una propuesta para despenalizar el aborto. *El país*, 2021. Disponível em: <<https://elpais.com/internacional/2021-05-19/el-parlamento-de-el-salvador-archiva-una-propuesta-para-despenalizar-el-aborto.html>>. Acesso em: 08 jun. 2021

EL SALVADOR. *Decreto nº 1.030/1997. Código Penal*. Organo Legislativo, 1997. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/sv_0194.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021;

ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte especial*. 6. ed. vol.2. São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

ESTIGARIBIA, Jéssica Costa. Os lentos passos na discussão sobre descriminalização do aborto no Brasil. *Justificando*, 2020. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/06/19/os-lentos-passos-na-discussao-sobre-a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil/>>. Acesso em: 23 jun. 2021;

FERREIRA, Fernanda Cristina Alvarenga. *Uruguai em pauta: a legalização do aborto no contexto de ascensão da Frente Ampla*. Fronteira, Belo Horizonte, v.16, n.32, p. 229-252, 2017. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/fronteira/article/view/15068>>. Acesso em: 11 jun. de 2021;

FIGUEIREDO, Carolina; ANDRADE, HENRIQUE. Com EUA e outros países, Brasil se une a aliança contra aborto. *CNN Brasil*, 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/10/24/com-eua-e-outros-quatro-paises-brasil-se-une-a-alianca-contraborto>>. Acesso em: 16 jun.2021;

FRAZÃO, Débora Nascimento Silva. *Women on waves: o aborto em alto mar e suas consequências jurídicas*. Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ. Rio de Janeiro, V.9, n.2, tomo I, jul/dez, 2017. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/tomos/tomol/versao_digital/revista_artigos_cientificos_v9n22017_tomol/451/#zoom=z>. Acesso em: 25 jun 2021;

FRIEDE, Reis. *Legislações sobre aborto e o direito à saúde da mulher*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v.24, n.49, p. 13-32, jul/out, 2020. Disponível em: <<http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/470/277>>. Acesso em: 16 jun. 2021;

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 14 ed. Niterói: Impetus, 2017;

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal: parte especial (arts. 121 a 183)*. vol. 2. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

JESUS, Damasio de. *Direito penal parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio*. vol 2. 36.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020;

JÚNIOR, Luiz Augusto Mugnai Vieira. *Os debates em torno da ilegalidade do aborto: da luta pela autonomia reprodutiva feminina à esfera legal dos projetos de leis*. Revista Tempo e Argumento. Florianópolis, v.6, n.11, p.423-460, jan./abr, 2014. Disponível em: <<https://revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180306112014423>>. Acesso em: 13 abr 2021;

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 8.ed. Salvador: JusPODVM, 2020;

MELLO, Michele de. República Dominicana: feministas exigem despenalização do aborto em novo código penal. *Brasil de Fato*, 2021. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2021/04/21/republica-dominicana-feministas-exigem-despenalizacao-do-aborto-em-novo-codigo-penal>>. Acesso em: 08 jun. 2021;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

NETO, Carlos Henrique Pires et al. *A (Des) Criminalização do Aborto nos Casos de Microcefalia Provocada Pelo Zika Vírus: uma análise jurídica e social da demanda*. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais. Guarulhos, V.10., n.2, 2020. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/4439>>. Acesso em: 15 jun. 2021;

NICARÁGUA, República de. *Ley n. 641. Código Penal da Nicaragua*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/noticia_reciente/CP_641.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020;

OENNING, Natália de Souza; KIRCH, Aline Tatiane. A legalização do aborto e a emancipação do corpo feminino. In: SIQUEIRA, Laurinda Fernanda Saldanha ; SILVA, Maynara Costa de Oliveira (Org). *Maternidade, aborto e direito da mulher*. São Luiz: Editora Expressão Feminista, 2021;

OLIVEIRA, Tauane de; GALLI, Tiago. *A influência da religião em relação a temas morais controversos no Direito Penal Brasileiro e o Princípio da Laicidade*. Revista Jurídica- Direito e Cidadania da Sociedade Contemporânea. Rio Grande do Sul, v.1, n.1, p. 149-161, 2017. Disponível em: <http://revistas.fw.uri.br/index.php/rev_jur_direitoecidadania/article/view/3418>. Acesso em: 25 jun 2021;

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019;

Salvadorena presa por aborto acidental recupera liberdade após quase nove anos. G1, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/06/07/salvadorena-presa-por-aborto-acidental-recupera-liberdade-apos-quase-nove-anos.ghtml>> Acesso em: 08 jun. 2021

Salvadorena presa por aborto recupera a liberdade. UOL, 2021. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2021/06/07/salvadorena-presa-por-aborto-recupera-sua-liberdade.htm>> . Acesso em: 08 jun. 2021;

SANTOS, Silvani da Silva; PIO, Marco Aurélio de Jesus. Aborto, maternidade e direitos da mulher na pandemia do novo coronavírus no Brasil. In: SIQUEIRA, Laurinda Fernanda Saldanha ; SILVA, Maynara Costa de Oliveira (Org). *Maternidade, aborto e direito da mulher*. São Luiz: Editora Expressão Feminista, 2021;

SANTOS, TATIANE DE OLIVEIRA. Aborto na Adolescência: um problema de saúde Pública. In: SIQUEIRA, Laurinda Fernanda Saldanha ; SILVA, Maynara Costa de Oliveira (Org). *Maternidade, aborto e direito da mulher*. São Luiz: Editora Expressão Feminista, 2021;

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 240: 43-82. Abr./Jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27023/43619-92339-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021

Série: Legislação do Aborto na América Latina - Cuba. CAMTRA - *Casa da Mulher Trabalhadora*, 2020. Disponível em: < <https://camtra.org.br/serie-legislacao-do-aborto-na-america-latina-cuba/> >. Acesso em: 11 jun. 2021

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2018;

TAMANINI, Marlene. *Pandemia da Covid 19: maternidade, aborto, embriões e a imortalidade do sacrifício da mãe dentro e fora da reprodução assistida*. Revista Feminismos. Bahia, v.9, n.1, p.188-205, jan/abr, 2021. Disponível em:<<file:///C:/Users/WINDOW~1/AppData/Local/Temp/42843-171569-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 abr 2021;

URUGUAI. Ley nº 18.987- Interrupción Voluntaria Del Embarazo. Disponível em:<<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3252599.htm>>. Acesso em: 11 jun. 2021.