



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO: O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER

Dandara Ingrid Pinto Moura

Rio de Janeiro
2018

DANDARA INGRID PINTO MOURA

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO: O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Prof^ª. Mônica C. F. Areal

Prof^ª. Néli L. C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO: O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER

Dandara Ingrid Pinto Moura

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O objetivo da presente pesquisa é desenvolver uma análise acerca da descriminalização do aborto tendo em vista as transformações sentidas pela sociedade e o avanço dos direitos das mulheres. Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, e a abordagem do tema será necessariamente qualitativa, em que se utilizará principalmente entendimentos doutrinários, além da legislação e jurisprudência para defender a tese. Os resultados apontarão que o aborto é um problema de saúde pública, vitimando cada vez mais mulheres/adolescentes que vivem em situações precárias, sem condições de arcar com os custos elevados de clínicas que realizam o procedimento de forma um pouco mais segura. Assim sendo, conforme restará demonstrado, a legalização contribui para que o direito à saúde e à vida possa ser garantido em todas as esferas sociais, além de satisfazer o próprio direito de escolha da mulher na busca pela felicidade.

Palavras-chave – Descriminalização – Aborto – Direito feminino.

Sumário – Introdução. 1. Proteção do nascituro e direitos fundamentais da gestante. 2. Condições igualitárias entre mulheres para realização do procedimento. 3. Gravidez como direito de escolha da mulher. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a possibilidade da legalização do aborto, quando ainda não há atividade cerebral desenvolvida pelo feto, como forma de se garantir direitos fundamentais das mulheres. Objetiva-se discutir a descriminalização do aborto tendo em vista as diversas mudanças sentidas pela sociedade no que tange à igualdade de gênero entre homem e mulher.

O tema não poderia ser mais atual. Estatísticas apontam que o aborto é um problema de saúde pública, uma vez que é crescente o número de mulheres pobres que morrem em clínicas clandestinas, já que não possuem condições financeiras de arcar com as elevadas despesas de locais que oferecem o mínimo de segurança para o procedimento.

Acrescente-se a isso, o Código Penal deve ser relido no contexto atual, considerando o direito de escolha da mulher em prosseguir ou não com a gravidez. Destaque-se que deve ser considerado que a mulher suporta sozinha todo o ônus desta, e assim, obrigá-la a ter um

filho por determinação de um Código ultrapassado nesta temática, é violar a igualdade de gênero.

Acrescente-se a isso o fato de que a criminalização do aborto refere-se a uma época em que pouco se discutia a igualdade de gênero e a defesa da integridade física e psíquica da mulher. Então, por que obrigar mulheres e até mesmo adolescentes a terem filhos com base em uma norma do Código Penal que não dialoga com as transformações sociais sentidas atualmente?

Ressalte-se que até certo mês da gravidez não há sequer atividade cerebral formada, motivo pelo qual a proteção ao nascituro não pode desconsiderar direitos fundamentais da gestante. É certo que o nascituro tem proteção legal, todavia, é necessário que tais garantias assecuratórias de direitos sejam realizadas através da criminalização de condutas?

Ademais, é certo que o método contraceptivo não chega com facilidade a comunidades carentes do país, e a gravidez precoce ou indesejada é uma realidade brasileira. Nesse contexto, é crescente o número de mulheres, sendo muitas delas adolescentes, que morrem em clínicas clandestinas por realizarem o procedimento sem o mínimo de segurança, uma vez que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas de clínicas melhores. Assim sendo, indaga-se: não estaria a legalização do aborto possibilitando o acesso igualitário às questões de segurança no processo, sem distinção de classe social?

Para tentar responder a tais indagações, o trabalho irá analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as controvérsias doutrinárias e os dados da ciência médica.

Inicia-se o primeiro capítulo demonstrando que não há atividade cerebral formada até o segundo mês de gestação, e por tal razão, os direitos fundamentais da gestante também devem ser respeitados, até porque não há no ordenamento jurídico direito absoluto.

Segue-se demonstrando que a legalização do aborto garante condições igualitárias para todas as mulheres realizarem o procedimento com segurança, independente de classe social.

Finalmente, no terceiro capítulo, analisa-se que a gravidez é um direito de escolha da mulher, a qual deve dispor livremente de seu corpo e de sua própria vida.

A pesquisa será realizada com base no método hipotético-dedutivo, no qual serão analisados vários casos hipotéticos, adequados para sua realização, com a finalidade de rejeitá-lo ou comprová-los argumentativamente.

Nesse sentido, a abordagem do tema desta pesquisa será necessariamente qualitativa, já que se pretende utilizar a legislação, doutrina e jurisprudência, para sustentar a tese.

1. O INÍCIO DA ATIVIDADE CEREBRAL E A PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA EM DESENVOLVIMENTO: DEVE-SE HAVER UMA PROTEÇÃO ABSOLUTA DO NASCITURO EM DETRIMENTO DOS DIREITOS DA GESTANTE?

Não há no Código Penal conceituação precisa sobre o que é aborto, e assim, a doutrina e a jurisprudência são quem definem tal expressão. Nesse sentido, considera-se aborto a expulsão prematura do feto, com a interrupção do processo de gestação¹. Com a realização do aborto interrompe-se o processo fisiológico da gestação, ocasionando assim, a morte do feto.

Historicamente, é possível perceber que o aborto era ou não considerado crime a depender dos interesses da época, e somente em 1869 a Igreja Católica declara que a alma faz parte do feto, condenando o aborto e os métodos contraceptivos².

No Brasil, o aborto foi mencionado no Código Penal do Império de 1830, todavia, esse não era punido quando praticado pela própria gestante. Na época, considerava-se o feto como parte do corpo da mulher, e assim, tutelava-se a vida da gestante, e não daquele. Por tal razão, somente quando o aborto ocasionava lesões à saúde desta, era punido.

A prática apenas foi considerada crime no Código Penal de 1940, e permanece até os dias atuais, tendo como exceção apenas as duas hipóteses previstas na lei penal (quando não há outra forma de salvar a vida da gestante ou a gravidez resulta de crimes praticados contra a dignidade sexual) e ainda, no caso de fetos anencefálicos, conforme decisão judicial do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54.

O entendimento doutrinário que prevalece é que o bem jurídico protegido de forma precípua no crime de aborto é a vida humana em desenvolvimento³. Dessa forma, torna-se imperioso definir o momento exato de início de proteção desta, o que não é determinado nem pelo Código Penal, nem pela Constituição Federal.

O Código Civil garante os direitos ao nascituro em seu art. 2º, quando dispõe: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Tal diploma adota a teoria natalista, na qual se entende que a aquisição da personalidade jurídica apenas ocorre a partir do nascimento com vida.

¹ GRECO. Rogério. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 307.

² MENDES. Iba. *Breve histórico do aborto*. Disponível em: < <http://www.ibamendes.com/2011/02/breve-historico-do-aborto.html>> Acesso em: 28 mar. 2017.

³ GRECO, op. cit., p. 309.

Interpretando tal dispositivo, o saudoso jurista Silvio Venosa (adepto da teoria natalista) assevera que na verdade garante-se ao nascituro proteção legal, mas este ainda não possui personalidade, uma vez que esta só se adquire pelo nascimento com vida⁴.

Percebe-se assim que desde o momento da concepção a legislação brasileira confere proteção aos direitos do nascituro, ainda que este ainda não seja considerado pessoa. Todavia, indaga-se: a proteção conferida pela lei, deve necessariamente acarretar na criminalização de condutas, obrigando mulheres a prosseguir com a gestação?

No que se refere à ciência médica, José Roberto Goldim, afirma que “biologicamente, é inegável que a formação de um novo ser, com um novo código genético, começa no momento da união do óvulo com o espermatozoide, mas há pelo menos 19 formas médicas para decidir quando reconhecer esse embrião como uma pessoa⁵”.

Nesse sentido, ao considerar a vida como oposto da morte é forçoso reconhecer que aquela se inicia quando começam a surgir as atividades cerebrais do feto, uma vez que a morte juridicamente ocorre quando há interrupção da atividade cerebral. Nesse contexto, não há consenso entre os pesquisadores acerca do mês em que já haveria desenvolvimento de atividade cerebral, surgindo dois entendimentos sobre o caso: o primeiro afirma que na 8^a (oitava) semana de gravidez o embrião já possuiria versões primitivas de todos os sistemas de órgãos básicos do corpo humano, incluindo o sistema nervoso; o segundo, por sua vez, afirma que somente na 20^a (vigésima) semana, quando a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto, haveria a distribuição de sinais sensoriais dentro do cérebro⁶.

Assim, ainda que se considere a 8^a (oitava) semana como marco do desenvolvimento cerebral do feto, a maior parte dos abortos praticados não interromperiam vidas, uma vez que com base na visão neurológica, somente quando as primeiras conexões neurais são estabelecidas no córtex cerebral do feto, ele se tornaria um ser humano⁷.

Ressalte-se que o pensamento acima demonstrado, definindo-se o surgimento da vida com base na atividade neural é o mais adequado para ser utilizado no presente estudo. Isso porque, não só a Medicina, mas também o Direito reconhecem de forma pacífica que o fim da vida ocorre com a cessação das atividades neurais, motivo pelo qual, é possível por analogia reconhecer o surgimento desta com o nascimento das atividades do cérebro.

⁴ VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil. Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 60.

⁵ GOLDIM, José Roberto. *Quando a vida começa?* Disponível em: < <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

Note-se que o STF⁸ já utilizou tal teoria no julgamento da ADPF 54 (possibilidade de aborto no caso de gestação de fetos anencefálicos), em que se expôs o entendimento, no qual, juridicamente, a vida apenas tem início com o surgimento das atividades neurais.

É necessário ainda reforçar que a questão sobre o aborto não se refere simplesmente à “vida”, mas à “vida humana”, ou seja, o surgimento do indivíduo como pessoa, um ser consciente, e digno de proteção do Estado. Dentro de uma concepção de Estado laico, seria possível equiparar um embrião a um cidadão digno com direitos que se sobreponham aos da gestante⁹?

Razoavelmente que não. É a mulher que deve ser considerada como pessoa e detentora de direitos que merecem prioridade de proteção estatal, e não um embrião de poucas semanas, razão pela qual se ela sente que não possui condições (financeira, psicológica, ou até físicas) para prosseguir a gestação, deve ter o direito de interrompê-la, se estiver no início, quando o embrião ainda não desenvolveu atividade cerebral¹⁰.

O direito de escolha da mulher, conforme restará demonstrado ao longo deste trabalho, também considera direitos fundamentais que lhe são próprios, protegendo-lhe a saúde e o poder de decisão sobre seu próprio corpo e sua vida. No caso, não há direito fundamental absoluto, devendo haver uma ponderação de interesses, entre a proteção conferida ao nascituro e a preservação da integridade física, psíquica e emocional da mulher, prevalecendo esta última.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento¹¹ informa que apesar de não ser possível desconsiderar a proteção da vida que se inicia no momento da concepção, esta deve ser menos intensa do que aquela oferecida após o nascimento. Assim, a proteção ao nascituro se sujeita a ponderações de interesses envolvendo outros bens constitucionalmente protegidos, como os direitos fundamentais da gestante¹².

Verifica-se que a criminalização do aborto é uma proteção ao nascituro que viola direitos fundamentais da gestante. Nesse sentido, há outras formas de se protegê-lo, sem que seja utilizada norma no campo do direito penal, o qual apenas deve ser aplicado como *ultima ratio*. Assim, é possível a legislação civil conferir um espectro de proteção no campo da responsabilidade civil, da tutela e curatela, sem que se recorra à penalização de condutas.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2018

⁹ VIEIRA. Eli. *Aborto e Vida*. Disponível em: <<http://blog.elivieira.com/2013/04/07/pela-defesa-da-vida-atraves-da/#>>. Acesso em: 28.03.2017.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ SARMENTO. Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 148.

¹² SARMENTO. *op. cit.*, p. 152.

A partir da exposição do primeiro capítulo, se pode concluir que a permanência da criminalização do aborto da forma como é feita no diploma penal acarreta a perpetuação da falta de razoabilidade do ordenamento. Isso porque, mesmo quando não há atividade cerebral desenvolvida, se confere proteção demasiada ao nascituro em detrimento da mulher, que tem sua vontade totalmente desconsiderada pela lei, a qual a obriga a prosseguir com a gestação, muitas vezes indesejada, violando o direito de decidir sobre o seu corpo e autodeterminar-se conforme sua própria vontade.

2. DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A GARANTIA DE DIREITOS IGUAIS NA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ

A gravidez indesejada, mormente quando se trata de adolescentes ou mulheres de classes baixas é uma realidade, uma vez que moradores de regiões carentes do país não possuem acesso a métodos contraceptivos da mesma forma como indivíduos das classes A e B. Some-se a isso o fato de que, por questões culturais, muitas vezes a união precoce, antes dos 18 (dezoito) anos, acaba sendo desejada no ambiente familiar. Políticas sobre a prevenção da gravidez e planejamento familiar não são realizadas como deveriam, especialmente para os socialmente vulneráveis.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que, conforme relatório da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e Fundo de Proteção das Nações Unidas (UNFA), publicado no dia 28 de fevereiro de 2018, a taxa de gravidez adolescente no país é de 68,4 nascimentos para cada mil adolescentes, estando acima da média latino-americana e caribenha, consideradas as regiões com a segunda maior taxa de gravidez adolescente.¹³

Segundo tal relatório, a chance de gravidez de adolescentes que residem em áreas rurais ou indígenas e sem escolaridade é quatro vezes maior do que daquelas que possuem Ensino médio e superior completos.

Ressalte-se que conforme entendimento da diretora do OPAS, Clarissa Etienne, “as taxas de fertilidade entre adolescentes afetam principalmente as populações que vivem em

¹³ RIBEIRO, Bruna. *Taxa de gravidez adolescente no Brasil preocupa organizações internacionais*. Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/blogs/bruna-ribeiro/taxa-de-gravidez-adolescente-no-brasil-preocupa-organizacoes-internacionais/>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

condições de vulnerabilidade e demonstram desigualdades existentes entre e dentro dos países”.¹⁴

Ademais, mesmo quando se tem acesso a métodos contraceptivos, a medicina é unânime em esclarecer que não existem práticas que sejam absolutamente seguras.

Assim sendo, verifica-se que a gravidez indesejada não se relaciona com a descriminalização do aborto. Ela existe no país independentemente da criminalização da conduta, e recentemente tem se mostrado crescente, ainda mais quando observados grupos de mulheres e adolescentes que vivem em situações precárias. Nesse cenário, desponta como dever do Estado, na forma do art. 1º, inciso III da CRFB/88¹⁵ o amparo a mulheres e adolescentes que se encontram em tal situação, garantindo-lhes suporte psicológico e financeiro. Até porque, na maior parte dos casos de gravidez na adolescência são verificados obstáculos para o desenvolvimento psicossocial, maior risco de morte materna, e fragilidade na saúde de seu filho, que possui muito mais chances de permanecer em condições miseráveis.

Nesse diapasão, de acordo com dados da Organização das Nações Unidas, em países onde o aborto é criminalizado, ou apenas permitido nos casos de risco para vida da gestante, somente um em cada quatro abortos são realizados de forma segura. Por outro lado, nos locais em que este é legalizado, aproximadamente nove entre dez abortos são feitos com acompanhamento médico que garante a preservação da saúde da mulher¹⁶.

Ressalte-se que a maior parte de aborto inseguros são realizados por mulheres e adolescentes que não possuem condições de arcar com um procedimento que resguarde sua saúde, e recorrem, então, a clínicas extremamente duvidosas, colocando em risco sua própria vida.

Verifica-se assim que a legislação criminaliza mulheres que interrompem a gravidez, porém aquelas que mais sofrem com a prática desta conduta são as que vivem em condições precárias. Percebe-se dessa forma que a questão social é um fator definitivo na condenação de mulheres durante este processo.

Neste cenário, é certo que uma das facetas mais tristes da criminalização do aborto é constatar que esta perpetua a desigualdade que assola o país: mulheres que não possuem condições de arcar com os custos elevados de clínicas clandestinas seguras e confortáveis, e

¹⁴ Ibid.

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018

¹⁶ ONU.BR. OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>>. Acesso em: 02 mar. 2018

são as que mais necessitam de proteção estatal, morrem tentando realizar o procedimento. Deve-se salientar ainda, que o aborto é considerado a maior causa de morte materna.

Verifica-se assim que restringir o acesso ao procedimento ao invés de reduzir o número de abortos realizados, apenas leva a perpetuação das desigualdades em garantir que este seja feito de forma segura.

Nesse contexto, é certo que a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher¹⁷, realizada no ano de 1995 em Pequim, esclarece que “o aborto inseguro põe em risco a vida de um grande número de mulheres e representa um grave problema de saúde pública, porquanto são as mulheres mais pobres e jovens as que correm os maiores riscos”.

O mencionado documento, afirma ainda que devem ser reconhecidas as consequências para a saúde, de abortos realizados em más condições, sendo certo que tal fato constitui um problema de saúde pública, devendo cada Estado tentar encontrar novas formas de tentar remediar tal fato¹⁸.

Nesta esteira, verifica-se que a legalização do aborto pode ser um instrumento capaz de conferir o direito a saúde das mulheres e adolescentes de forma igualitária, na forma como prevê o art. 6º da CRFB/88¹⁹.

Destaque-se ainda que a CRFB/88 possui como um dos seus pilares a dignidade da pessoa humana, a qual deve ser considerada como atributo pertencente a todo indivíduo, independentemente de qualquer condição ou registro. Ressalte-se que esta não deve ser entendida como um direito a ser concedido pelo Estado ao indivíduo, mas sim um próprio atributo do ser humano, peculiar de sua natureza. Basta que o indivíduo exista, para que seja considerado digno, sendo seu valor reconhecido independentemente de classe social, cor, nacionalidade, ou qualquer outra característica²⁰.

Nesse sentido, Schreiber²¹ assevera que:

A maternidade é, em essência, uma decisão. A intromissão pública nos destinos do corpo e na opção pela maternidade – tornando-a, portanto, uma não opção – afronta diretamente a dignidade humana, tutelada na Constituição como valor fundamental da República (art. 1º, III). Agride, ainda, o art. 226, que alude à paternidade responsável e impede a interferência coercitiva do Estado no planejamento familiar (parágrafo 7º). Pior: atentando-se para a realidade social, onde o aparato público repressivo não logra impedir o aborto para quem quer que tenha recursos para financiá-lo, verifica-se, como já destacado, que a vedação criminal tem como único

¹⁷ PEQUIM. *Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁰ KANT apud DE MORAES, Lorena Ribeiro. *A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher*. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.

efeito empurrar mães jovens e pobres para clínicas clandestinas, com imenso risco à saúde e à sua vida.

Nesse contexto, o direito à igualdade desponta como uma das facetas da dignidade da pessoa humana. Todavia, a igualdade que deve o Estado garantir é sua acepção material, a qual se relaciona diretamente com a ideia de dignidade humana e o mínimo existencial. A igualdade formal preconiza apenas que todos são iguais perante a lei, todavia, não garante que direitos possam ser implementados de forma igualitária²².

O próprio direito à saúde compõe a ideia de mínimo existencial, que se traduz como a garantia de recursos básicos para sobrevivência humana de forma digna. Garantir o direito a saúde de forma igualitária para todas as mulheres e até mesmo adolescentes é dever do Estado, o qual deve atuar inclusive de forma preventiva, e empreendendo esforços conjuntos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Hoje, verifica-se que muitas mulheres encontram na gravidez indesejada o reflexo da incapacidade da sociedade de promover condições de educação, cidadania e planejamento reprodutivo. Em contrapartida, seus direitos sexuais e reprodutivos são constantemente violados devido à violência e desigualdade de gênero, e neste cenário, são as mulheres mais pobres que enfrentam as mais graves consequências da ilegalidade.

Assim sendo, conforme demonstrado neste capítulo, a dimensão dos números comprova que o aborto inseguro deve ser priorizado pelos governantes, pelos legisladores e pela própria sociedade, por meio de uma reforma na legislação e através de campanhas educativas sérias. As mulheres não podem continuar sendo condenadas à morte por não terem acesso aos seus direitos previstos na Constituição Federal.

3. O ABORTO COMO EXPRESSÃO DA AUTONOMIA DA MULHER E A NECESSIDADE DO ESTADO EM PROMOVER MEIOS QUE ALCANÇEM A IGUALDADE DE GÊNERO

O Código Penal revela-se arcaico, tendo sido promulgado em 1940, motivo pelo qual não dialoga com as transformações sentidas pela sociedade. Nesse ponto, deve-se destacar que o referido diploma legal retrata uma sociedade marcada pelo patriarcalismo, onde ainda havia espaço para caracterizações como mulher honesta, abolida por lei em 2009.

²² DE MORAES, Lorena Ribeiro. *A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto_pdf?sequence.> Acesso em: 03 mar. 2018.

Nesse sentido, deve-se destacar que a partir da década de 80, o desenvolvimento feminista da Criminologia passa a dar novas significações para a justiça criminal tendo início as indagações sobre como a mulher é tratada, assumindo esta, lugar central nos debates. Nessa época, além do conceito biológico que define cada sexo, a diferenciação de gênero passou a ser também um conceito socialmente construído²³.

O amadurecimento desta mudança de entendimento, que propicia um estudo da criminologia voltada para a igualdade de gênero, e o papel da mulher na sociedade, possibilitou que novos direitos como liberdade, igualdade e autodeterminação pudessem ser considerados na valoração criminal.

A liberdade, na forma como descreve Alexy²⁴, é compreendida de uma forma positiva e negativa. De acordo com a primeira, o objeto da liberdade é uma ação, e refere-se à capacidade do indivíduo realizar os atos da vida civil que não lhe estão vedados pela lei. Por outro lado, a liberdade negativa traduz a ideia de que não lhe estão proibidas alternativas de ação. Funciona assim como uma limitação ao próprio Estado no que tange ao seu poder de interferência na vida e na sociedade. Na verdade, a ideia de desta concepção de liberdade é garantir a atuação do Estado para preservação de direitos fundamentais dos indivíduos, consagrados na Constituição Federal.

O estudo dos dois conceitos de liberdade também foi realizado por Isaiah Berlin²⁵ o qual demonstrou que a liberdade positiva é entendida como capacidade de autonomia e autogoverno, enquanto sua aceção negativa se relaciona a ausência de constrangimento legal para a prática de determinada conduta.

Ressalta-se ainda que a liberdade positiva refere-se ainda a possibilidade da sociedade participar das discussões públicas que levam à formação da vontade coletiva. Isso porque, é necessário que as razões políticas possam atender as necessidades do verdadeiro titular do poder constituinte: o povo.

Por outro lado, a liberdade negativa dos indivíduos está inteiramente associada ao direito de autodeterminação de cada um deles. O Estado, nessa ótica, apenas poderia impedir

²³ DE ANDRADE. Vera Regina Pereira. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁴ ALEXY apud MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf>. Acesso em: 18. mar. 2018.

²⁵ BERLIN. Isaiah. apud. FERNANDES. Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2015. p.371.

a realização de condutas que tutelassem bens jurídicos importantes, exercendo sempre a ponderação de interesses entre os direitos conflitantes. De acordo com Fernandes:

Aqui, a legitimidade dos atos estatais estaria dependente da criação de um direito que conserve o equilíbrio entre liberdade e membros da sociedade, sem que um interfira no outro, ao mesmo tempo em que também está ligada à noção de que o poder coercitivo estatal somente se justifica para harmonizar a garantir essa liberdade²⁶.

Isso porque, é defeso ao Estado utilizar-se da liberdade negativa dos indivíduos para frustrar a realização de direitos que compõem a garantia da preservação da dignidade de cada um deles. Até porque, é cediço que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade²⁷.

Nesse ensejo, deve-se considerar que o direito à autodeterminação das mulheres, especificamente a decisão sobre ser mãe, é fundamental e exclusivo destas, como expressão da sua liberdade, na acepção negativa.

Ferrajoli afirma que o direito à maternidade voluntária como autodeterminação das mulheres constitui o único direito fundamental exclusivo destas. Nesse sentido, para o autor, a imposição do Estado em fazer a mulher prosseguir com uma gravidez indesejada a desvaloriza como pessoa, além de reduzi-la a instrumento de procriação. Afirma-se ainda que não é possível ser configurado um direito à paternidade semelhante ao direito de maternidade voluntária, uma vez que a gestação e o parto não pertencem à identidade masculina, mas apenas a feminina²⁸.

Nesse sentido, é certo que o homem não sofre em seu corpo a regulação sofrida pela mulher. Na verdade, em grande parte dos casos o homem comete o chamado “aborto social” quando abandona o filho ao início da gravidez da gestante. No Brasil, por exemplo, de acordo com pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 5,5 milhões de crianças brasileiras não possuem o nome de seus pais em suas certidões de nascimento²⁹.

Por outro lado, diversas mulheres que não desejam prosseguir a gravidez e praticam o aborto, sofrem além do repúdio social, um julgamento por seus pares, no Tribunal do Júri, em razão do cometimento do delito previsto no art. 124 do Código Penal. Verifica-se assim, que a criminalização do aborto, sujeita a mulher, após ter passado por um procedimento

²⁶ FERNANDES, *op cit.*, p. 372

²⁷ GRECO. Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 11ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2011. p. 2.

²⁸ FERRAJOLI, apud MENDES, Soraia Da Rosa. *(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf>. Acesso em: 18. mar. 2018

²⁹ LEÃO. Bruna. *O aborto masculino é legalizado*. Disponível em: <<http://www.naomekahlo.com/single-post/2015/02/18/O-Aborto-Masculino-%C3%A9-Legalizado>>. Acesso em: 18. mar. 2018.

sofrido e doloroso, a discriminação social e até da própria família, com inclusão de seu nome no rol dos culpados, julgamento por um Tribunal do Júri, e posterior condenação criminal.

Trata-se de um controle social que não deve permanecer na sociedade. Sabe-se que com base no Direito Penal Mínimo, a criminalização de determinadas condutas deve ocorrer apenas quando necessárias à segurança do Estado e bem-estar da sociedade. Nesse sentido, aponta Greco:

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mudanças da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram de maior relevância, fará retirar de nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.³⁰

Assim sendo, verifica-se que as mudanças sentidas na sociedade, devem ser incorporadas na legislação brasileira. Não há dúvidas do critério político que cerca a seleção dos bens a serem tutelados pelo Direito Penal, já que a sociedade evolui, e bens tidos como fundamentais em uma época, podem deixar de sê-lo com o passar dos anos, gerando a necessidade da descriminalização de certos tipos penais.

Nesse ponto, Greco assinala que há uma diferença gritante entre a mulher que viveu na década de 1940, e a deste novo século. Nesse sentido, é certo que conceitos se modificam durante o passar dos anos, e assim, deve o Direito Penal estar em constante movimento para adaptar-se as novas realidades sociais.

Diante do exposto neste capítulo, pode-se afirmar que é urgente a modificação do Código Penal, a fim de que esse dialogue com as modificações de sociedade, garantindo ainda mais a igualdade de gênero e autodeterminação do direito da mulher.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo sustentar a tese da descriminalização do aborto, como direito de escolha da mulher. O embate materializa-se pelo confronto entre uma disposição considerada arcaica no Código Penal, por não dialogar com as transformações sentidas pela sociedade, e a necessidade da mulher em decidir sobre seu próprio corpo e vida, como expressão do princípio da felicidade, derivado da dignidade da pessoa humana.

³⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2011. p. 47.

Nesse sentido, é certo que de um lado há a criminalização da conduta de aborto praticada pela gestante, insculpida no art. 124 do Código Penal, e do outro a realidade sofrida por grande parte das mulheres na sociedade, mormente aquelas que vivem em situações precárias e não possuem condições de recorrer a clínicas em que o procedimento é realizado de forma segura.

Diante das reflexões fundamentadas que se desenvolveram ao longo da pesquisa foi possível concluir que o aborto é uma realidade no país, e hoje, considerado um problema de saúde pública, o qual coloca em risco a vida de diversas mulheres/adolescentes que vivem em condições precárias, tolhendo ainda, por completo, o direito da mulher de se autodeterminar conforme sua vontade.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora é no sentido de que com a descriminalização do aborto será respeitado direitos fundamentais da própria gestante, como uma forma de empoderamento feminino. Isso porque, a mulher passa a ser visualizada não só como um elemento procriador na gestação, mas também como sujeito de direitos, a qual deve ter garantido o direito de decidir sobre sua própria vida.

Conforme exposto no terceiro capítulo, o direito à autodeterminação das mulheres, especificamente a decisão sobre ser mãe, é fundamental e exclusivo destas, como expressão de seu próprio direito de liberdade.

Nesse diapasão, é certo que o principal argumento sustentado nessa pesquisa teve como premissa básica a ideia de que as mulheres possuem direitos invioláveis, os quais não podem ser tolhidos com base em pensamento religiosos, ou provenientes de uma legislação totalmente arcaica, promulgada na época em que conceitos como mulher honesta ainda tinham espaço na sociedade. Permitir a continuação deste pensamento é ir de encontro com diversos direitos já conquistados pelas mulheres, além de perpetuar a falta de razoabilidade em nosso ordenamento, o qual confere proteção demasiada ao nascituro, sem atividade cerebral desenvolvida, em detrimento da mulher, que tem sua vontade completamente desconsiderada pela lei.

Em suma: a realidade feminina vivenciada faz parte de um cenário no qual a própria legislação obriga a mulher a prosseguir com a gestação, ainda que indesejada, violando seu direito de decidir sobre o corpo e autodeterminar-se conforme sua vontade.

No entanto, deve-se salientar que a defesa de um discurso divergente não deve ser altamente proibida, pois tal fato impediria a participação da sociedade na construção de ideias, em violação à necessidade do debate, fruto de um Estado Democrático de Direito no qual se vive. Além disso, se um dos pilares de nossa ordem jurídica fundamenta-se na construção de

uma sociedade livre, o debate de ideias deve ser sempre incentivado, sem, contudo, permitir que haja violação aos direitos da personalidade de qualquer indivíduo.

Esta pesquisa pretende sustentar, nesse ensejo que o direito de escolha da mulher durante os primeiros meses de gestação devem ser respeitados, a fim de que esta decida livremente sobre a forma como irá regulamentar seu corpo e sua própria vida. A decisão sobre a maternidade traduz-se como um dos direitos fundamentais desta, e portanto, deve a lei estar em permanente mudança com a sociedade, para que possa retratar as peculiaridades de novos tempos, e também, novas conquistas do direito feminino.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

DE ANDRADE. Vera Regina Pereira. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2018.

DE MORAES. Lorena Ribeiro. *A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_a_borto_impacto.pdf?sequence=1> Acesso em: 03 mar. 2018.

GOLDIM. *Quando a vida começa?* José Roberto. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>> Acesso em: 28 mar. 2017.

FERNANDES. Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2015.

GRECO. Rogério. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LEÃO. Bruna. *O aborto masculino é legalizado*. Disponível em: <<http://www.naomekahlo.com/singlepost/2015/02/18/O-Aborto-Masculino-%C3%A9-Legalizado>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MENDES. Iba. *Breve histórico do aborto*. Disponível em: <<http://www.ibamendes.com/2011/02/breve-historico-do-aborto.html>> Acesso em: 28 mar. 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

ONU.BR. OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>> Acesso em: 02 mar. 2017.

PEQUIM. *Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf> Acesso em: 02 mar. 2018

RIBEIRO, Bruna. *Taxa de gravidez adolescente no Brasil preocupa organizações internacionais*. Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/blogs/bruna-ribeiro/taxa-de-gravidez-adolescente-no-brasil-preocupa-organizacoes-internacionais/>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

SARMENTO. Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA. Silvio Salvo. *Direito Civil. Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VIEIRA. Eli. *Aborto e Vida*. Disponível em: <<http://blog.elivieira.com/2013/04/07/pela-defesa-da-vida-atraves-da/#>>. Acesso em: 28 mar. 2017.