



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA RELEITURA DO CÓDIGO PENAL À  
LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA MULHER

Karine Alvim da Silva Pereira

Rio de Janeiro  
2020

KARINE ALVIM DA SILVA PEREIRA

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA RELEITURA DO CÓDIGO PENAL À  
LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL 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:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2020

## A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA RELEITURA DO CÓDIGO PENAL À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA MULHER

Karine Alvim da Silva Pereira

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes Campos. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o presente trabalho visa analisar e discutir a como a criminalização do aborto fere os direitos fundamentais das mulheres. Como efeito será feita uma abordagem sobre a eficácia e a necessidade da penalização da conduta do aborto no contexto atual da sociedade, e sobre o verdadeiro bem jurídico que necessita de tutela. Será abordada também a desproporcionalidade de se tratar um problema de saúde pública por meio do direito pena, quando este deveria ser o último caminho a se buscar. Ao final, será discutida também a necessidade de uma renovação da norma penal a luz dos direitos constitucionais.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Descriminalização do aborto. Direito constitucional.

**Sumário** – Introdução. 1. Direitos fundamentais das mulheres e a proteção do direito à vida do feto: desproporcionalidade à luz da teoria natalista. 2. O direito penal mínimo e a criminalização do aborto: uma afronta ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade 3. Inconstitucionalidade da criminalização do aborto. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa analisar e discutir a como a criminalização do aborto fere os direitos fundamentais das mulheres, e a necessidade de reelaboração de uma norma penal mais condizente com a conjuntura social e jurídica atuais.

Considerando que o atual Código Penal Brasileiro foi editado há 79 anos, e que neste interregno de tempo ele sofreu diversas atualizações, talvez tenha chegado a hora de realizar mais uma modernização desse diploma, à luz dos princípios norteadores da sociedade moderna. Além disso, há que se fazer uma análise da eficácia desse tipo penal em relação ao bem jurídico que se visa proteger, sobretudo levando-se em conta o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, o trabalho analisa a temática da conduta penal tipificada como aborto pelos artigos 124 a 126 do Código Penal, fazendo uma releitura desses dispositivos

em consonância com os direitos constitucionalmente garantidos às mulheres, como a autonomia, integridade física e psíquica.

Dentro dessa perspectiva, discute-se o respaldo jurídico e científico da criminalização do aborto no atual contexto social, bem como, considerando a adoção da teoria natalista, segundo a qual não há vida até a formação do sistema nervoso, questiona-se: qual bem jurídico tutelado pelo tipo penal?

Outro ponto a ser debatido é o fato de que a tipificação da conduta como criminosa não foi capaz de reduzir os casos de abortos clandestinos realizados, razão pela qual questiona-se a real eficácia do tipo penal em relação ao bem jurídico tutelado.

Em seguida, o trabalho discute o fato de que tipificação da conduta do aborto como crime viola diversos direitos fundamentais das mulheres estabelecidos pela própria constituição. Dentro desse aspecto, seria então crime de aborto é (in) constitucional, ou teria ocorrido uma verdadeira derrogação pela promulgação da Constituição Federal de 1988?

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.

O primeiro capítulo discute confronto entre dois bens jurídicos assegurados constitucionalmente: de um lado os direitos fundamentais das mulheres, e do outro a proteção do feto. Nesse ponto, demonstra-se que a criminalização é medida desproporcional em relação ao bem jurídico tutelado, principalmente quando analisado sob o enfoque da teoria natalista.

O segundo capítulo analisa a eficácia e a necessidade da norma penal incriminadora, já que esta não se mostra capaz de impedir, ou nem mesmo inibir a conduta criminalizada. Aspecto em que deve ser levando em consideração princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a ideia de um direito penal mínimo, onde se tenha uma mínima intervenção, com máximas garantias.

O terceiro capítulo, por sua vez, aborda a controvérsia acerca da inconstitucionalidade da tipificação do aborto como crime, frente aos direitos fundamentais outorgados pela Constituição Federal de 1988.

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 presente tese.

## 1- DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES E A PROTEÇÃO DO DIREITO A VIDA DO FETO: DESPROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA NATALISTA

A Constituição Federal elenca diversos direitos fundamentais conferidos aos homens e mulheres, e dentre eles elenca-se os direitos individuais, ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, e à dignidade. Bem como direitos sociais, referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados. Cujas finalidades são a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando assim, a igualdade social.

Dentre tais direitos, um dos mais importantes a citar-se é o direito à vida, ponto em que se questiona qual seria a definição do conceito de vida. Para dirimir tal controvérsia surgiram algumas teorias que aduzem o momento do início da vida: A partir da concepção (teoria concepcionista); ou a partir do início da vida viável, ou seja, quando o embrião consegue viver fora do útero; com a formação do sistema nervoso central (teoria natalista).<sup>1</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro não faz uma opção expressa por nenhuma das teorias acima mencionadas. Porém, o artigo 2º do Código civil dispõe que a personalidade civil da pessoa está condicionada ao seu nascimento com vida.<sup>2</sup> Diante desse dispositivo legal, parte da doutrina passou a entender que o Código teria adotado um sistema natalista para o conceito de personalidade jurídica. Ou seja, ao nascituro seria conferida apenas expectativa de direito. No entanto, a doutrina majoritária e os tribunais têm adotado a

---

<sup>1</sup>MOURA, Ana Paula Araújo. *O direito à vida do nascituro e a dignidade da gestante*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/67332/o-direito-a-vida-do-nascituro-e-a-dignidade-da-gestante#>> Acesso em: 19. Set. 2019.

<sup>2</sup>BRASIL. *Lei n. 10.406*, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> . Acesso em: 30 set. 2019.

ideia da teoria concepcionista, principalmente quando a questão envolve direitos patrimoniais.<sup>3</sup>

Diante do vácuo normativo e da influência religiosa sobre o tema, caminha-se para um entendimento que coloca os direitos do nascituro acima dos direitos fundamentais conferidos às mulheres, essas dotadas de personalidade jurídica e sujeito de direito sem sombra de dúvidas.

O direito ao aborto deveria ser entendido e analisado como um verdadeiro conflito de direitos, de um lado os direitos das mulheres a autonomia, integridade física, psíquica, e do outro lado as expectativas de direito do feto em formação. A criminalização de uma conduta não deveria ser a alternativa mais viável para a solução entre conflito de direitos fundamentais, principalmente quando se leva em consideração a ideia de um direito penal, mínimo, ou seja, a solução via criminalização deveria ser a última alternativa, e não a primeira.

Para uma compreensão mais profunda dos direitos em questão, deve-se buscar a ciência para definir a partir de quando se inicia e termina a vida. O Código civil, em seu artigo 6º define que a vida se finda com a morte da pessoa natural<sup>4</sup>, mas não define o conceito de morte em si, deixando isso a cargo da ciência. De acordo com o entendimento predominante, a vida se finda quando cessada as atividades cerebrais, o que é chamado de morte encefálica, conforme disposto na resolução CFM nº 1.480/97.<sup>5</sup>

Partindo-se do fato de que o fim da vida é definido pelo fim das atividades cerebrais, o mais lógico seria concluir que seu início se daria com a formação completa do sistema nervoso, conforme uma interpretação sistemática do direito.

A medicina afirma que até a 23º semana de gravidez o feto ainda não formou completamente um sistema nervoso, razão pela qual não teria consciência, dor ou prazer.<sup>6</sup>Ou seja, até tal momento existiria apenas um sujeito de direito alvo de tutela jurídica, a mulher. Pode se dizer que até tal momento o direito de abortar decorreria do próprio direito a autonomia sobre seu próprio corpo.

---

<sup>3</sup>MOURA, op. cit.

<sup>4</sup>BRASIL. *Lei nº. 10.406*, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> . Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>5</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). *Resolução nº 1.480/97*. Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm)> Acesso em: 29 set. 2019.

<sup>6</sup>SEQUEIRA, Eduardo. *A atividade cerebral como critério para o início e fim da vida*. Disponível em: < <https://nossaciencia.com.br/colunas/a-atividade-cerebral-como-criterio-para-o-inicio-e-fim-da-vida/>> Acesso em: 29 set. 2019.

A criminalização do aborto até a 23ª semana de gravidez consiste em uma violação a diversos direitos femininos, dentre eles: violação a autonomia da mulher, violação do direito à integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos, violação à igualdade de gênero e discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres.<sup>7</sup>

Sobre esse tema, importante citar as palavras de Dworkin<sup>8</sup>:

Enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango. Nenhum dos lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar, não há nenhum fato biológico a espera de ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema. Trata-se de uma questão de convicções inatas, e o máximo que podemos pedir a cada lado não é que compreenda o outro, ou mesmo que o respeite, mas apenas uma pálida civilidade, o tipo de civilidade que se poderia esperar de um incompreensível, mas perigoso marciano. Se a divergência for realmente tão forte, não poderá haver nenhuma transigência baseada em princípios; na melhor das hipóteses, haverá apenas um frágil e melindroso empate, definido pelo puro poder político.

Além das diversas violações acima mencionadas, há que se ressaltar também que a tipificação do aborto como crime afronta diretamente o princípio da proporcionalidade. É certo que o legislador tem liberdade para criar e definir crimes e penas, porém, essa liberdade encontra a Constituição Federal como um vetor limitador, como um parâmetro. Dessa forma, os princípios da razoabilidade em conjunto com a razoabilidade devem buscar nas normas vigentes um critério de aferição de validade das restrições aos direitos fundamentais no próprio texto constitucional.<sup>9</sup> Ou seja, verifica-se que a criminalização do aborto encontra-se em desacordo com as limitações aos direitos fundamentais tidas como constitucionalmente toleradas.

Ponto importante a ser debatido também consiste no fato de que o aborto masculino já existe há tempos e para tal conduta não há punição penal, existe apenas

---

<sup>7</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *habeas corpus n°124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 30 de jul. 2019.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p 11.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

sanções de natureza indenizatória consolidadas em ações de alimentos indenizações por abandono afetivo, por exemplo. Não há para o homem que escolhe não ser pai nenhuma consequência penal de verdade.

O direito de uma mulher escolher sobre o seu próprio corpo, o seu direito de não querer ser mãe lhe é negado e punido. Enquanto que o ato de um genitor que se nega a ser pai no verdadeiro sentido da palavra é socialmente e juridicamente aceitável. Tal postura da sociedade só demonstra o quão distante o país e a legislação estão de uma verdadeira igualdade de gênero.

## 2. O DIREITO PENAL MÍNIMO E A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA AFORNTA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O direito penal mínimo é o princípio pelo qual se defende a necessidade de adequação razoável entre a conduta e a ofensa ao bem jurídico tutelado, ou seja, o Estado só deve criar tipos penais e instituir penas efetivamente necessárias à proteção dos bens ou interesses jurídicos relevantes.<sup>10</sup>

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a 'ultima ratio, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito.<sup>11</sup>

Sobre esse tema, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de defender o direito penal mínimo, sendo considerada essa teoria como um dos norteadores do estado democrático de direito.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. CRIME MILITAR

1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário,

<sup>1</sup> REGODANÇO, Pedro Henrique Leoni. *Teoria do Direito Penal Mínimo. Adequação do Direito Penal à sociedade contemporânea*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71911/teoria-do-direito-penal-minimo>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

<sup>11</sup> QUEIROZ, Paulo. *Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico*. IBCrim, nº 74, 1999.

subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.

2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido. [...] <sup>12</sup>

A criminalização da conduta do aborto vai de encontro a ideia disseminada pelo princípio do direito Penal mínimo, pois não é razoável criminalizar as escolhas da mulher sobre o seu próprio corpo em prol da proteção do nascituro, que embora seja digno de proteção, esta não pode se sobrepor a proteção da mulher, trata-se aqui de uma verdadeira ponderação de direitos.

Nesse aspecto, deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre o direito a autonomia da mulher e a proteção da vida intrauterina, buscando-se alcançar um resultado no qual se tenha o menor sacrifício dos bens jurídicos tutelados.

A vida intrauterina é de fato protegida pela Constituição Federal, em seu artigo 5º <sup>13</sup>, no entanto, tal proteção tem intensidade substancialmente menor do que a conferida a pessoa já nascida. <sup>14</sup> E uma forma comprovação dessa afirmação está na intensidade da penalidade aplicada aquele que comete o crime de aborto em contrapartida ao crime de homicídio. Enquanto o aborto tem uma pena média de 1 a 4 anos, o crime de homicídio tem uma pena que varia de 6 a 20 anos de reclusão. <sup>15</sup>

Isso não significa dizer que a vida intrauterina não mereça proteção, pois de fato merece, porém, a via do direito penal e a criminalização da conduta do aborto tem se mostrado uma medida de proteção ineficiente e desproporcional. O mais coreto e talvez mais eficiente seria tratar tal tema em sede de saúde pública.

A Constituição Federal assegura o direito a saúde em seu artigo 6º, dentro desse aspecto, deve-se mencionar que a organização mundial de saúde define que o tal direito não se define apenas pela ausência de doenças, mas também inclui em seu conceito o

---

<sup>12</sup>BRASIL. STF .*HC n° 107638 PE* , Relator: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pe-stf/inteiro-teor-110022059?ref=juris-tabs> > Acesso em: 22 mar. 2020.

<sup>13</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

<sup>15</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

completo bem esta físico e psicológico da pessoa.<sup>16</sup> Assim, considerando o aborto como uma questão de saúde pública, o tema deve ser analisado sob o prisma da ciência, sem interferências de dogmas morais ou religiosos.

Dentro do direito à saúde há que se levar em conta também os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que constam no rol dos direitos humanos, e não há como afirmar que tais direitos estão sendo garantidos e respeitados enquanto ainda for considerada ilegal a prática do aborto. Ou seja, soma-se a equação da ponderação de direitos também o desrespeito aos direitos sexuais e reprodutivos, fazendo a balança pender e demonstrar que a atual postura legal mais viola do que protege bens jurídicos relevantes.<sup>17</sup>

No que se refere às estatísticas dos casos concretos de abortos ilegais, cabe ressaltar que comprovar a ineficácia da norma incriminadora é extremamente complicado, posto que não existe um número concreto de casos de aborto realizados clandestinamente, já que se trata de um ato ilegal. Não há como se afirmar com certeza quantos procedimentos são realizados, e quais as suas consequências para a saúde pública como um todo.

Entre os escassos estudos encontrados, de acordo com a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) no ano de 2016, quase 1 em cada 5 brasileiras, aos 40 anos já realizou, pelo menos, um abortamento. Em 2015, foram, aproximadamente, 416 mil mulheres. Como o levantamento foi apenas na área urbana, a estimativa é de 503 mil abortos. O estudo foi coordenado pela antropóloga Debora Diniz, pesquisadora da Anis - Instituto de Bioética, instituição que pede a descriminalização do aborto na ADPF 442<sup>18</sup>, junto com o PSol.<sup>19</sup>

Além disso, o aborto clandestino é a quinta maior causa de morte materna no país, ou seja, a normal penal não está sendo eficiente em salvar as vidas intra-uterinas, e tem

---

<sup>16</sup> *Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Documentos básicos*, suplemento da 45 ed. Outubro de 2006. Disponível em espanhol em: <[https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2020.

<sup>17</sup> VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 2. ed. Brasília: UNFPA – Fundo de População das Nações Unidas, 2004 [e-book].

<sup>18</sup> BRASIL. STJ. *ADPF n° 442*. Relator: Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>19</sup> FERNANDES, Marcella. *Aborto no Brasil: Como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização*. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao\\_a\\_23486575/](https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao_a_23486575/)>. Acesso em: 30 mar. 2020.

como consequência a morte ou o comprometimento da saúde de muitas mulheres, conforme dados obtidos pela Rede Feminina de saúde.<sup>20</sup>

Independentemente de comprovação numérica, o fato é que uma lei que não consegue impedir aquilo a que se propõe é uma lei inócua, sem eficácia, e, portanto, sem sentido para continuar a existir.<sup>21</sup>

Tendo em conta tal ineficácia, tramita no Supremo Tribunal Federal a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental número 442, na qual se pede que a Corte declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição Federal de 1988, excluindo do âmbito de sua incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária quando realizada nas primeiras 12 semanas de gestação.<sup>22</sup> No entanto, após anos de discussões e ouvidos diversos especialistas, a resolução da questão parece estar longe do fim.

Por fim, deve se levar em conta que o código penal atual data do ano de 1940, momento em que não se discutia e nem se levava em conta o direito à autonomia reprodutiva da mulher, e que de lá para cá diversos direitos foram alcançados, nada mais justo do que se fazer uma atualização também das normas penais relacionadas a tal evolução social. Além disso, o direito deve sempre se renovar, se atualizar, pois apenas assim será um instrumento capaz de garantir o equilíbrio e harmonia social.

### 3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

A Constituição elenca uma série de valores, direitos e princípios, como a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a vida, a segurança, dentre outros. E dentro de tal enumeração inexistem qualquer hierarquia que coloque à vida expressamente acima dos demais valores constitucionalmente considerados. Destaca-se que nada para a Constituição é absoluto, e tudo deve ser sopesado de acordo com as necessidades advindas de cada situação específica, em um sistema de balanceamento entre escolhas

---

<sup>20</sup> Dossiê aborto: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê, Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 442*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+>)>. Acesso em: 30 mar .2020.

constitucionais, que deságue na proporcionalidade e adequação da aplicação destes princípios.<sup>23</sup>

A ideia de supremacia do valor vida, em detrimento de outros valores constitucionalmente relevantes, não advém de leitura ou interpretação da Constituição, e nem de escolhas jurídico-rationais demonstráveis. Tal forma de ler a Constituição tem origem na influência da religião sobre as escolhas legislativas, que conta ainda com a chancela estatal, o qual, apesar de ser laico, ainda se pauta por imperativos religiosos e morais.

A legislação não pode se pautar em dogmas machistas, religiosos e em achismos sem qualquer embasamento científico e jurídico. Ela deve se pautar na efetiva concretização dos princípios explícitos e implícitos estabelecidos pela Constituição Federal. Não cabe a religião influenciar na edição e manutenção de normas anacrônicas, que derivam de uma sociedade patriarcal e distante da real ideia do que consiste em ser um estado laico.

Pode-se afirmar também que a Constituição Federal assegura o direito a intimidade a todos os cidadãos. Além disso, é pacífico o entendimento de que devem ser assegurados aos direitos fundamentais e constitucionais a sua máxima efetividade, ou seja, partindo-se dessa premissa é possível afirmar que o direito a intimidade da mulher deve ser amplo o suficiente para abarcar a sua livre decisão acerca do seu planejamento familiar e opção de ter ou não um filho.

Para corroborar essa premissa, o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição federal assegura o direito ao planejamento familiar e dispõe que devem ser assegurados os princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. Assevera ainda que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, cabendo ao Estado apenas proporcionar os recursos para o exercício de tais direitos, e não deve de forma alguma interferir de forma coercitiva nesse aspecto.<sup>24</sup>

Ou seja, resta evidente, portanto, que a criminalização absoluta do abortamento viola os preceitos constitucionais acima elencados e diversos outros ainda não mencionados, sendo a atual normal penal incompatível, portanto, com a norma hierarquicamente superior.

---

<sup>23</sup>TOTH, Marina. *O aborto criminalizado como regra é inconstitucional*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)> Acesso em: 28 mar.2020.

<sup>24</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Diante da inércia do poder legislativo em rever as normas penais ultrapassadas, tem recaído sobre o judiciário o papel de equalizar esse descompasso entre a norma e a realidade social atual. Como exemplo, cita-se o *Habeas Corpus* de nº 124306, no qual Primeira Turma STF, afastou a prisão preventiva de denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha. No teor do voto, afirma-se que:

[...] é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria[...] <sup>25</sup>

Ressalta-se que não se discute aqui a necessidade do disposto no artigo 125 do Código Penal<sup>26</sup>, eis que tal dispositivo o que se puni a realização do aborto sem o consentimento da mulher. Nesse aspecto a norma penal tem sentido de existir, pois protege a integridade física da mulher e do nascituro e principalmente a sua liberdade de escolha.

No entanto, a provocação do aborto em si mesma (art. 124 do Código Penal)<sup>27</sup> ou a provocação do aborto, mediante técnica apropriada, com o consentimento da gestante, em ambos os casos dentro de um prazo razoável, não configura fato verdadeiramente criminoso, o que há é o punitivismo simbólico.

Tal simbolismo advém da religião, mas não apenas dela. Há que se considerar também os resquícios de uma sociedade baseada em um sistema patriarcal de família. Não se pode esquecer que até pouco tempo atrás as mulheres eram vistas como civilmente incapazes, cabendo aos seus pais ou maridos o domínio de sua vida. Em decorrência desse histórico social, ainda hoje, depois de décadas, a sociedade ainda vê a mulher como uma

---

<sup>25</sup>BRASIL.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 124306. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

<sup>26</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del12848/compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del12848/compilado.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>27</sup>Ibid.

figura materna, causando estranheza as que se opõem por escolhas particulares e não biológicas.<sup>28</sup>

Dito isso, pode-se discutir ainda a violação ao princípio da igualdade entre homens e mulheres consagrado no caput do artigo 5º da Constituição<sup>29</sup>, pois embora ultrapassados muitos anos de sua edição, ainda não é possível afirmar que há igualdade de condições no que tange aos seus direitos sexuais e reprodutivos femininos, já que existem costumes machistas e dogmas religiosos que entravam a evolução dessa normatização.

O descompasso da legislação penal encontra suas raízes também no conservadorismo das forças políticas nacionais, pois a maioria da população brasileira é cristã, o que inibe uma discussão imparcial sobre o tema aborto pelos parlamentares que temem a perda de votos dos fies. E para além do receio da perda de votos, parte dos parlamentares são tem suas religiões e pautam sua atuação como representante do povo em seus próprios dogmas religiosos.

Enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango. Nenhum dos lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar - não há nenhum fato biológico à espera de ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema. Trata-se de uma questão de convicções inatas, e o máximo que podemos pedir a cada lado não é que compreenda o outro, ou mesmo que o respeite, mas apenas uma pálida civilidade, o tipo de civilidade que se poderia esperar de um incompreensível, mas perigoso marciano. Se a divergência for realmente tão forte, não poderá haver nenhuma transigência baseada em princípios; na melhor das hipóteses, haverá apenas um frágil e melindroso empate, definido pelo puro poder político. [...];<sup>30</sup>

Cabe ainda mencionar que a criminalização do aborto não afeta apenas o direito intimidade e a autonomia reprodutiva da mulher, mas afeta incontáveis direitos fundamentais. Esse sistema reflete ainda a vulnerabilidade da mulher frente ao modelo repressivo da lei penal, já que apenas tem seus direitos violados e ainda é penalizada por isso.

---

<sup>28</sup>SILVEIRA, Patrícia. *A (in)constitucionalidade do rime de aborto no caso de gravidez indesejada*. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=19932](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19932)>. Acesso em: 01 mai.2020.

<sup>29</sup> BRASIL, op. Cit.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p 11.

## CONCLUSÃO

A legalização do aborto é um tema que remete a um debate interminável, pois envolve não apenas a conclusão científica e jurídica sobre o tema. Essa discussão envolve de forma errônea conceitos de moralidade, opiniões e dogmas religiosos que deveriam se abster dentro de um estado laico.

Por meio desse trabalho é possível notar que a autonomia feminina, seus direitos fundamentais e reprodutivos valem apenas no papel, postos como adorno para simular uma falsa ideia de proteção. Já que de fato, na realidade do dia a dia não há qualquer política pública que busque uma solução para tamanha violação.

Essa inércia quanto a solução do problema pode ser atribuída ao poder legislativo, que pauta suas decisões políticas em garantir futuros votos, mesmo que as custas da violação de diversos direitos constitucionalmente garantidos.

Assim como o direito à liberdade religiosa e de expressão merecem proteção e respeito, os direitos reprodutivos e autonomia feminina sobre seu próprio corpo também merecem o mesmo tratamento. E a proteção de um não deve interferir na efetivação do outro. É isso que busca a laicidade do estado.

Várias são as pressões e cobranças que uma mulher sofre desde o seu nascimento, e ver o seu corpo como um instrumento de procriação a qualquer custo é uma delas. Não cabe ao direito penal se imiscuir no tema como forma de solução. Antes de tal solução drástica é preciso se voltar para atitudes preventivas como educação sexual, e quando necessário, atuação médica para solução de um problema que cabe a saúde pública resolver.

Diante das precárias pesquisas apresentadas devido a criminalização da conduta, já seria possível afirmar que a criminalização não inibe a realização do aborto, mas apenas força a sua realização de forma clandestina e sem os devidos cuidados médicos e orientação psicológica. E mais, essa prática leva diversas mulheres à óbito ou complicações de saúde que seriam evitáveis com o simples respeito aos seus direitos.

Por fim, não há que se questionar sobre a existência dos direitos reprodutivos expressamente consolidados na Constituição, mas há que se atentar para o descompasso do Código Penal em relação a lei maior. Há quem afirme ter havido uma verdadeira derrogação da legislação penal incriminadora do aborto, mas isso ainda é assunto de debate acadêmico. Cabe ao legislador se atentar as evoluções trazidas pela Carta Maior e

reformular as normas que não condizem com ela, e muito menos com a atual realidade social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 10.406*, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> . Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n°124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 30 de jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 442*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+442%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y627flnv>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal federal. *HC 107638 PE*, Relator: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pe-stf/inteiro-teor-110022059?ref=juris-tabs> > Acesso em: 22 mar. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). *Resolução n° 1.480/97*. Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm)> Acesso em: 29 set. 2019.

*Dossiê aborto: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê*, Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

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

FERNANDES, Marcella. *Aborto no Brasil: Como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização*. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao\\_a\\_23486575/](https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao_a_23486575/)>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MOURA, Ana Paula Araújo. *O direito à vida do nascituro e a dignidade da gestante*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67332/o-direito-a-vida-do-nascituro-e-a-dignidade-da-gestante#>> Acesso em: 19. Set. 2019.

Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Documentos básicos, suplemento da 45 ed. outubro de 2006. Disponível em espanhol em: <[https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)>. Acesso em: 22 mar.2020.

QUEIROZ, Paulo. *Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico*. IBCcrim, nº 74, 1999.

REGODANÇO, Pedro Henrique Leoni. *Teoria do Direito Penal Mínimo*. Adequação do Direito Penal à sociedade contemporânea. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71911/teoria-do-direito-penal-minimo>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

SEQUEIRA, Eduardo. *A atividade cerebral como critério para o início e fim da vida*. Disponível em: <<https://nossaciencia.com.br/colunas/a-atividade-cerebral-como-criterio-para-o-inicio-e-fim-da-vida/>> Acesso em: 29 set. 2019.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 2. ed. Brasília: UNFPA – Fundo de População das Nações Unidas, 2004 [e-book].