

# Aborto voluntário sob a perspectiva dos Direitos Fundamentais da Constituição Federal do Brasil de 1988

Carolina Calzolari Antonio<sup>1</sup>

Luciene Dal Ri<sup>2</sup>

Recebido: 3 de agosto de 2017

Aprovado: 14 de junho de 2018

DOI: 10.18829/rp3.v0i12.26656

## RESUMO

O aborto voluntário é amplamente praticado por mulheres do mundo todo, inclusive as brasileiras. A legislação penal nacional escolheu criminaliza-lo com o intuito de proteger a vida embrionária e fetal, porém centenas de milhares de mulheres realizam o aborto mesmo assim, ignorando o texto legal, e acabam tendo suas vidas e integridade comprometidas por um procedimento clandestino. O presente artigo realiza uma análise jurídica sobre o aborto voluntário sob a perspectiva dos Direitos Fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 percebendo as implicações a respeito tanto do direito do embrião e feto quanto aos direitos fundamentais da mulher.

**Palavras-chave:** Direito constitucional. Direitos Fundamentais. Direitos das mulheres. Aborto Voluntário.

## ABSTRACT

Voluntary abortion is a widely-spread practice amongst women around the world, including Brazilian ones. Criminal laws decided to punish the voluntary abortion intending to protect the embryonic and fetal life, but several women choose to perform it anyway and end up having their lives compromised by clandestine procedures. This article conducts a legal view on abortion under the perspective of fundamental rights established by the Brazilian Constitution of 1988 realizing the implications regarding both the rights of the embryo or fetus as well as the woman's rights.

**Key words:** Constitutional law. Fundamental rights. Women's Rights. Voluntary abortion.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina, sede em Joinville/SC. E-mail: carolina.antonio@catolicasc.org.br.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela *La Sapienza – Università di Roma*. Professora do Centro Universitário Católica de Santa Catarina e da UNIVALI, Itajaí/SC. E-mail: luciene.dalri@univali.br.

## 1. Introdução

O aborto voluntário, mesmo sendo crime no Brasil, acontece frequentemente e é umas das principais causas da mortalidade feminina em território nacional. A Constituição Federal de 1988 se omitiu perante a prática, deixando a encargo do Código Penal de 1940 a criminalização. Portanto, através dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna é possível discutir o aborto voluntário tanto na perspectiva de defesa à vida embrionária e fetal, quanto aos direitos e garantias constitucionais da mulher.

Neste artigo primeiramente será analisado a situação legal do aborto no Brasil, os artigos que criminalizam a prática, as excludentes de ilicitude e o contexto histórico-social em que a norma foi redigida, assim como o cenário atual em relação a prática interrupção voluntária da gravidez. Posteriormente, uma análise sobre os principais direitos fundamentais que implicam na prática do aborto, percebendo tanto os argumentos de defesa da ideologia pró-vida, que parte de uma perspectiva de defesa da vida embrionária, quanto pró-escolha, que tem como visão central a defesa da vida da mulher e o seu direito à escolha reprodutiva.

## 2. Da situação legal atual do aborto no Brasil

O aborto, interrupção da gravidez antes de atingir o nascimento, em regra é considerado crime em território nacional tipificado no Código Penal nos artigos 124, 125, 126, 126<sup>3</sup>, e sendo consideradas as hipóteses excludentes de ilicitude aqueles presentes no artigo 128<sup>4</sup>.

Por mais que o aborto figure no capítulo dos crimes contra pessoa, Cezar Roberto Bitencourt, considera que o feto não é ainda uma pessoa. O bem jurídico tutelado no crime do aborto é a integridade do embrião e do feto, ou ainda na hipótese de aborto sem o consentimento da gestante o seu estado psíquico, físico e sua gravidez.

---

<sup>3</sup> Código Penal Brasileiro 1940 - Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: pena - detenção, de um a três anos. 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.

<sup>4</sup> Código Penal Brasileiro 1940 - 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.

*O bem jurídico protegido* é a vida do ser humano em formação, embora rigorosamente falando, não se trate de um crime contra a pessoa. O produto da concepção – *feto ou embrião* – não é uma pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante. (BITENCOURT, 2013, p. 165)

Considerando o contexto patriarcal em que se foi promulgada a legislação penal vigente, é importante salientar que o legislador estava também com o objetivo de impor uma severidade moral sob a mulher, lhe impedindo de tomar decisões a respeito de sua própria sexualidade e reprodução.

Hoje, não há mais como pensar no tema da interrupção voluntária da gravidez sem levar na devida conta o direito à autonomia reprodutiva da mulher, questão completamente alheia às preocupações da sociedade machista e patriarcal do início da década de 40 do século passado. (SARMENTO, 2005 p. 2)

Segundo Flávia Piovesan (2015, p. 429) “a criminalização do aborto estabelece que a mulher sofra as consequências de sua vida sexual, reforçando uma convicção arraigada da cultura machista de que o corpo feminino existe para satisfazer o homem e dar-lhe descendentes”. Ainda segundo a autora, existindo apenas duas excludentes de ilicitude no texto penal: na hipótese de aborto necessário, quando não se há outro meio de se salvar a vida da gestante, e também na hipótese da gravidez ser resultado de um estupro, possuindo a legislação brasileira uma das mais severas do mundo em relação à interrupção voluntária da gravidez.

Em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS) propôs uma Ação de Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental (ADPF54), requerendo a antecipação terapêutica do parto para fetos anencefálicos, sendo esta considerada procedente apenas em 2012 pelo Supremo Tribunal Federal. O feto anencefálico é entendido pela Suprema Corte como não possuidor de expectativa de vida, por isto a interrupção de uma gravidez nessa circunstância não seria aborto, e sim a antecipação terapêutica do parto.

Destaca-se que a liminar concedida pelo ministro do STF, enquanto vigente, destacou que referida interrupção, por ser de feto anencefálico, não seria um aborto, pois não há chances de vida extra-uterina. Tal posição, no nosso pensar, é plausível e contempladora dos ditames constitucionais quando vislumbra a proteção de uma vida humana com dignidade. (CRISPIN, 2005, p. 1)

O aborto é delito praticamente abandonado pelo Sistema Judiciário e pelo Ministério Público. Segundo o relatório INFOPEN (2014, p. 65), apenas 43 mulheres em todo território nacional estão respondendo pelo crime de aborto ou já foram julgadas e estão cumprindo a pena.

Apesar de poucas mulheres responderem pelo delito, o peso de o aborto ainda ser crime no Brasil faz que aquelas que escolham interromper a gravidez não tenham acesso a um procedimento seguro que garantam condições mínimas de saúde (física e psicológica) e respeito a sua dignidade da pessoa humana, defina essa por Sarlet (2007) como qualidade integrante reconhecida, promovida e respeitada inerente ao ser humano, não podendo ser ela concedida ou retirada (embora possa ser violada).

### 3. Do direito à saúde na perspectiva de prevenção da mortalidade feminina

O Direito à Saúde é um direito social estabelecido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Direito à Saúde é compreendido como dever de ser amparado pelo Estado também de forma preventiva, reduzindo os riscos de doenças e mortes, assegurando a dignidade da pessoa humana, através de medidas administrativas para pôr fim instituir a implementação deste direito constitucional.

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. (MENDES, BRANCO, 2012, p. 697)

Segundo Daniel Sarmiento, o direito a saúde de uma mulher é ferido duas vezes pela posição em que o Brasil adota em relação ao aborto. Primeiramente, por não permitir o aborto quando a gravidez oferecer risco a saúde, não necessariamente de vida, e ainda por estabelecer o aborto como crime, fazendo com que inúmeras mulheres recorrem a práticas clandestinas que colocam as suas vidas em risco.

Se estas (normas que criminalizam o aborto) têm eficácia preventiva mínima, e quase não evitam os abortos, elas produzem um efeito colateral amplamente conhecido e absolutamente desastroso: levam todo ano centenas de milhares de gestantes, sobretudo as mais pobres, a submeterem-se a procedimentos clandestinos, realizados no mais das vezes sem as mínimas condições de segurança e higiene, com graves riscos para as suas vidas e saúde. (SARMENTO, 2005, p. 36)

Das mulheres que abortam, devido à falta de segurança dos medicamentos e dos métodos usados em cirurgias, segundo o Ministério da Saúde (2009) cerca de 20% delas recorrem ao serviço público de saúde quando os sintomas se acentuam e começam a correr risco de vida. Mesmo assim, o Estado persiste em adotar a criminalização do aborto por uma valorização da vida intrínseca de fetos e embriões, ignorando as vidas das mulheres que são desperdiçadas mediante práticas ilegais.

Existe a necessidade de o Estado começar a enxergar o aborto não apenas como um paradigma moral, ético, filosófico e religioso, mas também como uma questão de saúde pública com a finalidade de proteger as mulheres. A proteção não apenas a garantia de sua vida, mas a defesa de sua integridade física e seus órgãos sexuais e reprodutivos que muitas vezes acabam sendo dilacerados por procedimentos clandestinos.

#### 4. Do direito à vida: colisão da vida intrauterina com a da mulher

O Direito à vida é o mais importante dos direitos, afinal sem ele não há como existir qualquer perspectiva dos demais, estando este posicionado em primeiro lugar perante aos outros no artigo 5<sup>o</sup>.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

O legislador escolheu a omissão em relação ao aborto, o que foi na época uma grande decepção pois o tema em questão era de grande relevância e debate mundial, inclusive admitido em textos legais internacionais.

Vale destacar que, desde a década de 60 do século passado, se assiste, no mundo todo um fenômeno de liberalização da legislação do aborto. Em sintonia com os novos valores sociais, e revelando uma crescente sensibilidade diante dos direitos fundamentais das mulheres, legisladores ou Tribunais Constitucionais de incontáveis países como Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Espanha, Canadá, dentre tantos outros, promoveram significativas modificações em suas ordens jurídicas, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, desde que realizada dentro de determinados prazos ou sob determinadas indicações. Neste contexto, a legislação brasileira caracteriza-se hoje como uma das mais severas, rigorosas e anacrônicas de todo o mundo. (SARMENTO, 2005, p. 3)

A Carta Magna também não estabeleceu se o direito à vida é um bem jurídico tutelado desde a concepção ou apenas depois do nascimento. Moraes (2013) compreende que o direito à vida alberga uma generalidade que inclui o embrião e o feto.

A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina, pois a gestação gera um *tertium* com existência distinta da mãe, apesar do alojado em seu ventre. Esse *tertium* possui vida humana que se iniciou com a gestação, no curso da qual as sucessivas transformações e evoluções biológicas vão configurando a forma final do ser humano. (MORAES, 2013, p. 92)

---

<sup>5</sup> O artigo 5º da Constituição Federal não contém valor normativo.

Por mais que o texto constitucional não tenha estabelecido quando se começa a vida humana e a partir de quando se tutela o direito à vida, o Brasil ratificou em 1992 o Pacto de San José da Costa Rica, em que estabelece que a vida deve ser protegida desde sua concepção. O tratado em questão foi incorporado no ordenamento jurídico nacional através do Decreto 678/92, tendo força de emenda constitucional em razão de ser um Tratado de Direitos Humanos.

Existem fervorosas discussões religiosas e doutrinárias, daqueles que acreditam não existir diferença alguma na vida já concebida daquela ainda embrionária ou fetal. Rogério Greco se posiciona desta forma.

A vida, independentemente do seu tempo, deve ser protegida. Qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que no útero materno, e matar outro que já conta com 10 anos de idade? Nenhuma, pois vida é vida, não importando sua quantidade de tempo. (GRECO, 2014, p. 237).

No que pese opiniões como a de Rogério Greco, é importante ressaltar que no direito, o crime de aborto e o crime de homicídio são delitos completamente diferentes, com penas mais rigorosas ao segundo e com mais repulsa por parte da sociedade, e ainda como analisa Cezar Roberto Bitencourt o objeto tutelado pelo tipo legal é de cada um deles diferente.

Comparativamente ao crime de homicídio, apresentam-se duas particularidades: uma em relação ao objeto da proteção legal e outra em relação ao estágio da vida que se protege; relativamente ao objeto, não é uma pessoa humana que se protege, mas a sua formação embrionária; em relação ao aspecto temporal, somente a vida intrauterina, ou seja, desde a *concepção* até momentos antes do início do parto (BITENCOURT, 2013, p. 165)

A vida do feto não é inviolável, e de nenhuma forma absoluta. As exceções ao aborto, que mesmo sendo restritas em território nacional, de certa forma já demonstram que há sim uma diferença entre uma vida de um feto ou embrião comparado com a de uma pessoa humana em termos legais. Da mesma maneira se posiciona o norte-americano Ronald Dworkin sobre o tema.

Ainda assim, mesmo os conservadores que acreditam que a lei deve proibir o aborto admitem algumas exceções. É uma opinião bastante comum, por exemplo, acreditar que o aborto deve ser permitido sempre que se fizer necessário para salvar a vida da mãe. Esta exceção, porém, é também incompatível com qualquer crença de que o feto é uma pessoa com direito à vida. (DWORKIN, 2009, p. 43)

Por consequência, também questiona outras exceções.

Não é raro que os conservadores em matéria de aborto também admitam outras exceções. Para alguns deles, o aborto é moralmente permissível não apenas para salvar a vida da mãe, mas também quando a gravidez é resultado de estupro ou incesto. Quanto mais se admitem tais exceções, mais claro se torna que a oposição conservadora ao aborto não pressupõe que o feto seja uma pessoa com direito à vida. (DWORKIN, 2009, p. 44)

O bem jurídico tutelado no delito do aborto é a proteção da vida *intrauterina*, portanto torna-lo um crime foi até o presente momento ineficaz. Mulheres de todo país, evidentemente, não deixam de abortar pelo fato do Código Penal tipificar como crime, elas recorrem às clínicas clandestinas, realizam procedimentos inseguros e comprometedores à sua saúde e à sua vida, chegando boa parte delas à óbito.

No Brasil o aborto voluntário é a quinta causa mais frequente de internação e o segundo procedimento obstétrico mais realizado. Em Salvador é a primeira causa de morte materna desde 1990 e em São Paulo é a terceira (MS, IMS/UERJ, IPAS, 2005). Se o argumento é o de proteção à vida cabe o inevitável incomodo causado pela pergunta sobre a proteção à vida dessas mulheres, ou, suas mortes seriam justificadas? (BUGLIONE, 2010, p. 273)

Devido ao aborto ser realizado de forma ilegal em nosso país todas as estatísticas sobre o tema são estimativas, que assim como a pesquisa apresentada na citação anterior, apresentam valores significativos. João Batista Nascimento Filho comenta em sua obra o fracasso duplo da legislação que criminaliza a prática, pois é ineficiente na proteção da vida embrionária e fetal, e da mulher.



O número de abortos praticados no Brasil, não obstante sua criminalização, longe de proteger a vida, conduz à morte mulheres trabalhadoras que não tem outra saída diante de uma gravidez indesejada, a não ser a sua interrupção de forma insegura, revelando o fracasso duplo do Estado, pois, por um lado, não impede a prática abortiva no País e, por outro, revela-se incapaz de proteger as vias das mulheres brasileiras. (FILHO, 2013, p. 134)

Ainda que se moralmente se considere o embrião e/ou feto como uma vida, essa vida não está sendo protegida pelo fato da criminalização da gravidez interrompida. Com uma hipotética legalização do aborto, vidas de mulheres poderiam ser salvas se estas fizessem o procedimento em uma clínica médica legal, pública ou particular, com um tratamento seguro e humano que garanta todos os seus direitos, dentre eles, o direito à vida.

## 5. Estado laico e a liberdade religiosa

Um dos pontos cruciais que faz o aborto ser um tema considerado tabu e polêmico arraigado em valores morais e em concepções ideológicas, é em razão da religião.

O Brasil declarou um grande avanço na promulgação da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer como direito fundamental a todos os cidadãos a Liberdade de Religião (art. 5º, VI) e ainda a Laicidade do Estado. Respectivamente, todo sujeito deve ser livre para escolher a sua crença religiosa (ou até mesmo escolher não ter crença), por consequência, fazer escolhas pessoais baseadas em suas próprias concepções morais, influenciadas por alguma religião ou não, desde que não atinja direito alheio.

Na liberdade de crença entra a *liberdade de escolha* da religião, a *liberdade de aderir* a qualquer seita religiosa, a *liberdade* (ou o *direito*) de *mudar de religião*, mas também compreende a *liberdade de não aderir a religião alguma*, assim como a *liberdade de descrença*, a liberdade de ser *ateu* e de exprimir o agnosticismo. (SILVA, 2010, p. 249)

Já o Estado não tem o direito de aderir ao posicionamento ou à crença baseada na religião, diferentemente da pessoa como indivíduo. Os representantes de um Estado

Democrático de Direito considerado como laico, devem exercer a administração pública desta maneira, se esquivando de adotar medidas baseadas em sua própria religião ou mesmo a religião predominante em território nacional.

Quase todas as religiões condenam a prática do aborto, porém por mais que as pessoas adotem uma ideologia influenciada por alguma igreja, e essa pregue certamente atitudes como moralmente aceitas e outras como moralmente desprezíveis, dificilmente alguém irá se comportar exatamente da forma como está recomenda. Geralmente, as pessoas possuem alguma crença com uma certa flexibilidade, uma prova disto são os dados apresentados pelo Ministério da Saúde em que mostra que mulheres religiosas também abortam.

Os poucos dos estudos analíticos com amostras selecionadas de mulheres indicam que entre 44,9% e 91,6% do total das que têm experiência de aborto induzido declaram-se católicas. Entre 4,5% e 19,2% declaram-se espíritas, e entre 2,6% e 12,2% declaram-se protestantes. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009, p. 18)

Se moralmente uma mulher não se sente “pecadora”, ou supera o repúdio da igreja ao aborto e o pratica por questão de necessidade pessoal, não cabe ao Estado tratá-la como uma criminosa por não seguir uma conduta influenciada pela igreja, ou ainda forçá-la a prosseguir com uma gravidez indesejada através da coibição penal violando a liberdade de crença religiosa desta.

## 6. Do direito à igualdade perante aos gêneros e situações econômicas

O Direito à Igualdade aparece na Constituição Federal com a finalidade de amparar e tentar igualar socialmente aqueles que nas últimas décadas foram discriminados, os considerados como vulneráveis. Esse direito é evidenciado em vários artigos constitucionais, porém a igualdade entre os gêneros é estabelecida logo no início do texto legal, no art. 5º, inciso I. O artigo em questão tem como finalidade não estabelecer apenas a igualdade formal, mas também a material. Referente ao artigo José Afonso da Silva alega:

Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de uma mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens* de um lado e *mulheres* de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes à ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional. (DA SILVA, 2010, p. 217)

Por razões biológicas e sociais, quem possui o maior fardo na gravidez e na criação dos filhos é sempre a mulher. A mulher que deve manter sua alimentação restrita durante a gravidez e a fase de amamentação, ela que está sujeita a todos os sintomas de uma gravidez conturbada, deve mudar seus hábitos, largar (mesmo que temporariamente) seus estudos e vida profissional (ainda que dentro do prazo legal de licença à maternidade), se sujeitar a uma cirurgia de parto, que fica vulnerável nas mãos de um empregador que nem sempre está disposto a respeitar seus direitos trabalhistas, dentre inúmeras outras situações em que uma mulher gestante, posteriormente mãe, deve enfrentar. A esse respeito, Daniel Sarmiento alega:

Ora, um caso típico de legislação androcêntrica no Brasil é exatamente a que trata do aborto, elaborada sem nenhuma consideração em relação aos direitos e interesses femininos envolvidos. Ela viola a igualdade, na medida em que gera um impacto desproporcional sobre as mulheres, já que as afeta com intensidade incomparavelmente maior do que aos homens, de forma tendente a perpetuar a assimetria de poder entre os gêneros presente em nossa sociedade. Só a mulher, quando não se conforma com a legislação proibitiva e busca o aborto, se sujeita a graves riscos à sua vida e saúde, ao submeter-se a métodos quase sempre precários de interrupção da gravidez; só ela, quando obedece à contragosto a lei, acolhendo em seu ventre e depois gerando um filho que não desejava, vê seu corpo instrumentalizado e perde as rédeas do seu próprio destino. (SARMENTO, 2005, p. 47)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com base no Censo Escolar de 2011, demonstra que há 5,5 milhões de crianças brasileiras sem o nome do pai da certidão de nascimento, evidenciando assim um grande número de mulheres que por escolha ou omissão e indiferença do pai da criança, criam seus filhos por conta própria civilmente.

Essa pesquisa demonstra uma evidente desigualdade de gênero no Brasil, em que a mãe é obrigada a prosseguir com a gravidez, enquanto o pai se esquivava da responsabilidade da maneira que lhe convém.

É argumentado por Flávia Biroli (2014, p. 123) que dificilmente as mulheres conseguiriam atuar profissional e politicamente com maior igualdade perante aos homens sem o controle da reprodução, como se encontra hoje.

A criminalização do aborto não fere apenas a igualdade em relação aos gêneros, mas também a questão econômica, em que mulheres menos favorecidas financeiramente não têm condições de comprar um medicamento de qualidade no exterior ou não têm como pagar um aborto em uma clínica, com estrutura e com médicos que pratiquem o procedimento seguro. Mulheres pobres também, geralmente possuem menos acesso ao conhecimento de seus direitos, não sabendo das excludentes de ilicitudes do crime de aborto. Assim que, ainda que em caso de estupro, feto anencéfalo ou risco à sua vida, em virtude de o aborto ser um crime, logo um tabu, na sociedade brasileira, muitas nem chegam a procurar seu direito a interromper a gravidez em hospitais públicos. Por conta da questão da extraterritorialidade, em que a lei brasileira se aplica apenas em território brasileiro, a criminalização do aborto prejudica somente as mulheres pobres que não possuem condição financeira para realizar um aborto no exterior.

Esse princípio afirma que um crime praticado no exterior só será crime no país de origem da pessoa que o praticou se também for crime no local de realização do ato. Ou seja, uma mulher com condições econômicas pode realizar o aborto em um Estado outro, como Portugal, no qual a prática é permitida; ao voltar para o Brasil não terá praticado crime algum. Com isso, o Estado proíbe o exercício da autonomia da vontade apenas para as mulheres que não tem condições econômicas para realizar o aborto em país estrangeiro ou tem condições, mas não sabem disso. (BUGLIONE, 2010, p. 269)

De maneira não muito diferente do que ocorre no Brasil nos dias de hoje, Simone de Beauvoir em sua obra o “Segundo Sexo”, narra a realidade do aborto no contexto francês do final da década de 40, em que era proibido, admitido apenas em restritas hipóteses.

A mulher burguesamente casada ou confortavelmente sustentada, apoiada num homem, com dinheiro e relações sociais, leva grande vantagem; primeiramente obtém muita mais facilmente uma licença para um aborto “terapêutico; se necessário, tem os meios de pagar uma viagem à Suíça onde o aborto é largamente tolerado; nas condições atuais da ginecologia, é uma operação benigna quando executada por especialista, com todas as garantias da higiene e, se preciso, os recursos da anestesia. (BEAUVOIR, 2009, p. 650)

Desta forma, a criminalização do aborto fere o da igualdade duas vezes: as mulheres, em um contexto geral, por serem obrigadas a prosseguir com uma gravidez indesejada, não podendo ser livres como os homens em matéria de reprodução e sexualidade. E ainda, as mulheres pobres, aquelas que não possuem uma situação financeira as que permita fazer aborto no exterior, ou em uma clínica clandestina no Brasil com condições decentes em questão de saúde.

## 7. Do direito ao planejamento familiar e reprodutivo

O Direito do Planejamento Familiar e Reprodutivo está presente na Carta Magna de 1988. Um conceito que assegura o exercício da sexualidade, garantindo um acesso livre a informação e meios de controle da natalidade trazendo por consequência uma família planejada dentro da compreensão moral e econômica que cada família ou indivíduo acredita ser a melhor escolha para a sua realidade.

Art. 226 - § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Compreende-se pelo artigo anterior que a decisão de ter filhos é livre ao casal e que o Estado deve fornecer recursos educacionais e científicos para exercerem um planejamento familiar livre. Esses recursos podem ser compreendidos desde aulas de educação sexual nas escolas à anticoncepcionais e outros métodos contraceptivos garantidos pela saúde pública.

Sendo assim, José Afonso da Silva (2010, p. 203) afirma que “numa época em que há muitos recursos para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida *intrauterina* que não se evitou”. Em contrapartida, Maria Berenice Dias adverte que nem todos têm acesso a uma educação sexual digna e métodos contraceptivos, e ainda até o presente momento nenhum método contraceptivo é totalmente eficaz. Contudo, o planejamento familiar só poderia ser amplamente garantido com a legalização do aborto.

Mesmo que não se aceite a interrupção da gestação como meio de controlar a natalidade, inquestionável que gestações involuntárias e indesejadas ocorrem, até porque os métodos preventivos disponíveis não são infalíveis. Via de consequência, somente se for respeitado o direito ao aborto, a decisão sobre o planejamento familiar se tornará efetivamente livre, como assegura a Constituição. (DIAS, p.1c)

Posteriormente complementa que a mulher não pode ser utilizada como um “mero instrumento reprodutor”, que a sua vontade deve ser observada na Era dos Direitos Humanos.

A mulher suporta a gravidez e todos os seus transtornos, não podendo ser considerada como mero instrumento reprodutor. Vivendo na era dos direitos humanos, em que vicejam e se desdobram como garantias fundamentais a liberdade e a igualdade, há que se atentar ao direito da mulher de não querer levar uma gestação indesejada a termo. (DIAS, p. 2c)

Em relação ao âmbito internacional, os direitos reprodutivos têm conquistado cada vez mais espaço nas discussões globais, requerendo que as mulheres tenham este direito garantido à interrupção da gravidez pelo Estado de forma segura e também autônoma. A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994), chamada também como “Conferência de Cairo” que se refere à um plano de ação, e pela Declaração e Conferência Mundial sobre Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz (1995), foram importantes acontecimentos que demonstram a evolução dos direitos reprodutivos como dos direitos humanos.

A Conferência de Cairo afirma que todas as mulheres possuem o direito individual de decidir a respeito da maternidade, fazendo disto uma escolha e não uma obrigação. A Conferência aconselhou os países que se comprometeram (184 estados) a reverem as legislações que punem o aborto, devendo este ser considerado como uma questão de saúde pública, e não um delito. A Declaração de Pequim também deu enfoque a questão da reprodução feminina e a consequência de limitação na vida das mulheres que esta estabelece. Sendo assim, Flávia Piovesan a respeito dos Direitos Reprodutivos e Sexuais estabelece que pode ser compreendido da seguinte forma:

À luz dos preceitos enunciados nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, pode-se concluir, sem buscar um elenco exaustivo, que os direitos reprodutivos incluem: a) o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência; b) o direito de decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo de seus nascimentos; c) o direito de ter acesso a informações e meios seguros, disponíveis e acessíveis; e d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva. (PIOVESAN, 2015, p. 417)

Por mais que o Brasil tenha participado tanto da Conferência de Cairo (1994) quanto da Declaração de Pequim (1995), e se comprometido em prover melhorias administrativas e legais, aconselhadas por estes dois acontecimentos, ambos não são textos legais vinculantes. Esses eventos têm importância a título de fontes do direito com uma forte influência na perspectiva dos direitos das mulheres e principalmente nos reprodutivos, e no comprometimento internacional de evolução de políticas públicas nas referidas matérias.

Contudo, o aborto seria a maneira absoluta de que as famílias e mulheres tivessem o livre arbítrio de exercer o planejamento familiar e seu direito reprodutivo, levando em conta que os métodos contraceptivos não são totalmente eficazes. Considerando a evolução internacional dos Direitos Humanos e pelo forte enfoque que têm se dado aos direitos reprodutivos da mulher, caberia a legislação brasileira se atualizar, revogando a criminalização do aborto que não se encaixa mais na realidade do direito contemporâneo.

## 8. Considerações finais

Percebe-se em alguns direitos fundamentais (principalmente no direito à vida) um forte confronto entre interpretações a respeito dos direitos do embrião quanto o direito da mulher. Mesmo existindo controvérsias sobre a proteção jurídica em relação a vida *intrauterina*, sem nenhuma discussão entre a biologia e o direito, a mulher deve ter todos os seus direitos fundamentais respeitados e garantidos pelo Estado democrático de direito.

A Constituição Federal de 1988, prevê o direito a igualdade entre os gêneros, a liberdade de crença e a livre reprodução, entretanto esses direitos não são garantidos com a criminalização do aborto. A atual legislação brasileira ignora as milhares de vítimas anuais que passam por procedimentos desumanos, em prol de se defender uma expectativa de vida humana, sacrifica milhares de mulheres à condenando-as à uma morte sofrida e torturante em virtude da defesa da vida daquele que ainda é um embrião ou feto. Sendo assim, a Constituição é ineficiente, também, na tutela do direito à saúde e a vida.

Cabe a legislação penal brasileira se atualizar em matéria dos direitos reprodutivos, sendo esses vistos atualmente de forma completamente distinta do que na década de 40, quando foi promulgado o Código Penal. O atual Código Penal é incoerente e violador de direitos fundamentais da Constituição de 1988 em alguns aspectos, entre eles a criminalização do aborto.

Valores intrínsecos na criminalização da interrupção voluntária da gravidez, como religião e um machismo velado, não condizem com os direitos fundamentais de qualquer sociedade democrática. Há uma urgente necessidade no debate em favor de mudanças legais e políticas sobre a criminalização do aborto na sociedade brasileira.

O Estado deve garantir a livre reprodução, respeitando a liberdade de escolha individual daquelas que não querem ou acreditam não poder ter condições de ter filhos ao assegurar-lhes um aborto seguro, livre de qualquer coerção, e exercendo a eficácia dos seus direitos constitucionais.



## Referências bibliográficas

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: os crimes contra a pessoa*, v.II. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto Lei 2848 de 07.12.1940. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

BUGLIONE, Samantha. *O respeito à liberdade das mulheres e a não descriminalização como condições para a realização de democracias constitucionais: a questão do aborto voluntário*. Organizadores da obra: SANTOS, Sidney Francisco Reis dos Santos. LACERDA, Carmem Miranda de Lacerda. *Debate Interdisciplinar sobre os direitos humanos das mulheres*. Florianópolis: Insular, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Aborto uma questão social*. Disponível em: <[http://mariaberenice.com.br/uploads/aborto\\_uma\\_quest%C3o\\_social.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/aborto_uma_quest%C3o_social.pdf)> Acesso em: 22 jul. 2015a.

DIAS, Maria Berenice. *Aborto uma realidade que não quer se ver*. Disponível em: <[http://mariaberenice.com.br/uploads/10\\_aborto\\_-\\_uma\\_realidade\\_que\\_n%C3o\\_se\\_quer\\_ver.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/10_aborto_-_uma_realidade_que_n%C3o_se_quer_ver.pdf)> Acesso em: 22 jul. 2015b.

DIAS, Maria Berenice. *Aborto e o direito ao lar*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_483\)11\\_o\\_aborto\\_como\\_direito\\_humano.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_483)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf)> Acesso em: 21.ago.2018c

CRISPIN, Mirim Cristina Generoso Ribeiro. *A dignidade da pessoa humana da gestante e o problema dos fetos anencefálicos*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2325/A-dignidade-da-pessoa-humana-da-gestante-e-o-problema-dos-fetos-anencefalicos>> Acesso em: 5 set. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

DINIZ, Debora; CORRÊA, Marilena Villela. *Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos*. 1.ed. Brasília: Editora MS, 2009.

FILHO, João Batista do Nascimento Filho. *A Dignidade da Pessoa Humana e a Condição Feminina: um olhar sobre a descriminalização do aborto*. Curitiba: Juruá, 2013.

GRECO, Rogério Greco. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. II. 11.ed. Niterói: Impetus, 2014.

LIMA, Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGUEL, Felipe Luis; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*. 1.ed. São Paulo; Boitempo, 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *20 anos de pesquisas sobre o Aborto no Brasil*. Brasília. Disponível em: < <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livreto.pdf>> Acesso em: 21.ago.2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN 2014*. Disponível em: < <http://download.uol.com.br/fernandorodrigues/infopen-relat-2016.pdf>> Acesso em: 22.ago.2018.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10.ed. São Paulo, Atlas, 2013.

ONU Mulheres, Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher – Pequim, 1995. Disponível em: <[http://onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf)> Acesso em: 22.ago.2018

REVISTA EXAME. *Brasil tem 5,5 milhões de crianças sem o pai no registro*. São Paulo. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro>> Acesso em: 20 jul. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 8.ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09. Jan/jun 2007. Disponível em: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)> Acesso em: 06. Set. 2015.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao\\_do\\_aborto\\_e\\_constituicao\\_daniel\\_sarmento.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf)>.

Acesso em: 15 jul. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

UNFPA, Brasil. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>

Acesso em: 22.ago.2018