A Criminalização do Aborto no Brasil e a Violação aos Direitos Fundamentais

The Criminalization of Abortion in Brazil And the Violation of Fundamental Rights

*Michele dos Santos Freitas**

Resumo: A criminalização do aborto no Brasil suscita atualmente questões que entram em desacordo com os direitos fundamentais das mulheres. Provocam reflexões sociais, culturais, políticas, morais, legais e religiosas. O tema visto como uma ilegalidade por um percentual de pessoas, principalmente mulheres, provoca discussões e ganha cada vez mais defensores da descriminalização, com base no direito fundamental à liberdade e no princípio da autodeterminação pessoal. A cristalização de novos valores sociais sobre o papel da mulher no mundo moderno, o reconhecimento da igualdade de gênero e a mudança de paradigma em relação à sexualidade feminina, são elementos essenciais de um novo cenário axiológico. O objetivo do presente artigo é discutir a criminalização do aborto no Brasil e a violação aos direitos fundamentais. Trata-se de revisão crítica em relação à criminalização do aborto, tendo como base a recente decisão judicial do Ministro Luís Roberto Barroso, que visa eventual elaboração de nova legislação sobre a matéria. A problemática que envolverá o artigo visa analisar se a tipificação do aborto é eficaz para fazer com que os casos sejam evitados. Logo, a hipótese a ser apresentada é de que a tipificação do aborto não é plausível com o número de casos que continuam a acontecer e, por tal motivo, a legislação deve sofrer alterações, para se tornar mais condizente com a realidade atual. Assim, a técnica de pesquisa a ser utilizada é a bibliográfica e o método dedutivo.

Palavras-chave: Criminalização do aborto. Legislation. Liberdade. Violação aos direitos fundamentais.

Abstract: The criminalization of abortion in Brazil currently raises issues that go against the fundamental rights of women. They provoke social, cultural, political, moral, legal and religious reflections. The issue seen as an illegality by a percentage of people, especially women, provokes debate and gains more and more advocates of decriminalization, based on the fundamental right to freedom and the principle of personal self-determination. The crystallization of new

* Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Palmeira das Missões. Endereço eletrônico para contato: michesfreitas@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0312271450303313>.

social values about the role of women in the modern world, the recognition of gender equality and the paradigm shift in relation to female sexuality are essential elements of a new axiological scenario. The aim of this article is to discuss the criminalization of abortion in Brazil and the violation of fundamental rights. This is a critical review regarding the criminalization of abortion, based on the recent judicial decision of the Minister Luís Roberto Barroso, which aims at drafting new legislation on the subject. The problem that will involve the article is to analyze if the typification of the abortion is effective to make the cases are avoided. Therefore, the hypothesis to be presented is that the typification of abortion is not plausible with the number of cases that continue to occur and, for this reason, the legislation must undergo changes, in order to become more in keeping with the current reality. Thus, the research technique to be used is the bibliographic and the deductive method.

Key words: Criminalization of abortion. Freedom. Legislation. Violation of fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, “A criminalização do aborto no Brasil e a violação aos direitos fundamentais”, tem por objetivo analisar a possível ilegalidade das tipificações penais correspondentes ao crime de aborto que causam afronta aos direitos individuais de escolha da mulher, ferindo assim diversos direitos fundamentais que serão analisados no decorrer do artigo.

A análise deste tema é fundamentada em dois principais enfoques: primeiramente, analisar a criminalização do aborto e sua possível inconstitucionalidade já que aparentemente há uma violação aos direitos fundamentais das mulheres, e o segundo ponto, é refletir até onde o poder estatal pode interferir nessa escolha e qual a solução para esse confronto.

Será analisado a autonomia da mulher protegida pelo princípio da dignidade humana, o direito a integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, o princípio da igualdade de gênero, a discriminação social e o princípio da proporcionalidade.

Ademais, o debate e discussões em relação ao aborto são de extrema importância dado o momento em que vivenciamos a nossa realidade. Decisões recentes, como a do Ministro Luís Roberto Barroso provocam polêmicas e trazem à tona problemas que muitas vezes ficam invisível aos olhos, mas que devem ser prioritariamente solucionados, já que todos os dias mulheres morrem ou ficam com sequelas para o resto da vida ao se submeterem a abortos clandestinos

Da mesma forma, movimentos feministas proclamam seus direitos, em prol de uma igualdade de gênero, bem como gritam por socorro, no sentido de que as mulheres devem ser ouvidas e livres para fazerem suas escolhas e arcarem com as suas devidas consequências.

Em harmonia com o novo contexto social, onde as mulheres ganham cada vez mais independência e buscam seus direitos fundamentais, legisladores ou Tribunais Constitucionais de outros países como Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Espanha, Canadá, dentre tantos outros, promoveram expressivas alterações em suas ordens jurídicas, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, desde que realizada dentro de determinados prazos ou sob determinadas indicações.

Assim, a legislação brasileira caracterizada hoje como uma das mais severas no que tange ao tema explícito, já que vigora na matéria o Código Penal editado em 1940 a criminalização do aborto nos seus arts. 124 a 128, começa a dar sinais de mudanças no sentido de repensar o posicionamento do nosso Estado nessa decisão, visando eventual elaboração de nova legislação sobre a matéria.

Partindo da análise que mesmo com a tipificação penal do aborto, milhares de mulheres se arriscam todo ano a praticar abortos clandestinos colocando suas vidas em risco e muitas vezes vindo a óbito, fica clara a necessidade de uma revisão das normas, já que esta mostra-se ineficaz e acaba sendo um problema de saúde pública.

Essa é uma das lutas defendidas pelo movimento feminista, a solidificação de novos valores sociais sobre o papel da mulher no mundo contemporâneo, o reconhecimento da igualdade de gênero e a mudança de paradigma em relação à sexualidade e reprodução feminina.

A discussão referente ao aborto no país exige grande responsabilidade, e deve ser entendida como uma situação de saúde pública, que emerge cuidados e respeito aos direitos humanos, e não como ato de infração moral.

Desse modo, a problemática que envolverá o artigo visa analisar se a tipificação do aborto é eficaz para fazer com que os casos sejam evitados. Logo, a hipótese a ser apresentada é de que a tipificação do aborto não é plausível com o número de casos que continuam a acontecer e, por tal motivo, a legislação deve sofrer alterações, para se tornar mais condizente com a realidade atual. Diante disso, a técnica de pesquisa a ser utilizada é a bibliográfica e o método dedutivo.

Assim, o primeiro capítulo abordará exclusivamente o aborto, envolvendo questões morais e religiosas a respeito da temática. O segundo capítulo tratará sobre a tipificação penal e a violação aos direitos fundamentais. Já o terceiro capítulo, tratará sobre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.

2 A MORALIDADE DO ABORTO

A discussão sobre o aborto nunca esteve tão acirrada, quanto nos dias atuais. Compreensivelmente o tema recebe um número significativo de críticas por grande parte da população, principalmente por parte dos religiosos.

A guerra do aborto existe há muito tempo, muitos países desenvolvidos e democráticos tratam a interrupção da gravidez até o terceiro mês legalmente permitida sob a alegação de que há uma forte violação ao direito da mulher, já que é ela que responde pelas consequências de ter ou não a gestação.

Obviamente não há como discutir a questão da legalização do aborto sem debater o problema da proteção jurídica da vida humana intra-uterina. De fato, se a interrupção voluntária da gravidez implica em eliminação desta vida, é preciso verificar se, e até que ponto, ela recebe amparo da ordem constitucional brasileira.

Mesmo que o aborto seja condenável partindo do pressuposto que o feto é uma pessoa de direitos com o valor intrínseco da vida humana, há outras correntes que defendem o contrário, provando que este só teria tais direitos com o nascimento ou que pelo menos até o terceiro trimestre de gravidez ele não teria atividades elétricas do cérebro.

Alguém que não considere o feto como uma pessoa com direitos e interesses, pode, portanto, opor-se ao aborto tão frontalmente quanto alguém que insista em afirmar o contrário. Sua objeção, contudo, terá uma razão diferente e, terá implicações muito diferentes para a questão política de saber se e, quando, o Estado deveria proibir ou permitir o aborto.¹

Mesmo que não haja uma resposta para todas as perguntas, assuntos como este nos incita a repensar questões que até então são determinadas por lei, mas que hoje nos deixam dúvidas de arbitrariedade. Como por exemplo, até onde vai a liberdade do ser humano? O que é certo e o que é errado? Até onde o Estado pode interferir nessa escolha tão

¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes 2009. p.15.

íntima da mulher, como na questão do aborto? Qual seria o conceito de liberdade para definir questões como esta.

O conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade.²

Ainda conforme Alexy, uma análise de tudo aquilo que esteve ou está associado ao termo “liberdade” conduziria a uma extensa filosofia jurídica, social e moral.³

Uma primeira e potencial instância de desacordo (e falamos aqui em desacordo político, filosófico ou moral, portanto, logicamente anterior e independente das controvérsias jurídicas) sobre direitos nas nossas sociedades surge relativamente à própria existência de um direito: há ou não, por exemplo, um direito ao corpo, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de um direito à habitação, um direito a um direito mínimo necessário para uma existência condigna?⁴

Nota-se, portanto, antes de adentrar no plano jurídico, necessário constatar que há um problema de foro íntimo, relativamente à liberdade individual, conseqüentemente moral, política e filosófica que primeiramente justifica os desacordos.

No caso do aborto, enfoque deste artigo, mostra-se claramente uma luta baseada na crença em que a vida humana é sagrada, e que a prática deste seria um pecado capital. Nada mais lógico, já que no Brasil prevalece os seguidores da Igreja Católica como fortes aliados aos que defendem a vida do nascituro.

Desse modo, Dworkin aduz:

Se as grandes batalhas sobre o aborto e a eutanásia são realmente travadas em nome do valor intrínseco e cósmico da vida humana, como acredito que o sejam, então essas batalhas têm ao menos uma natureza quase religiosa, e não chega a surpreender que muitas pessoas acreditem que o aborto e a eutanásia sejam profundamente condenáveis e, ao mesmo tempo, que não cabe ao governo tentar estigmatiza-los com a força bruta das leis.⁵

Assim, a batalha do aborto acende fortíssimas convicções de ambos os lados, já que nos remete ao nascimento de uma vida. De um lado, os defensores do direito à escolha da mulher e de outro, os que pugnam arduamente pelo direito à vida do nascituro.

² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 218.

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p. 218.

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p.155.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2009. p.18-19.

3 A TIPIFICAÇÃO PENAL E À VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: COLISÃO DE PRINCÍPIOS

Seguindo o contexto e superando a filosofia e a moral e, adentrando no fato jurídico, tem-se dois aspectos importantes e colidentes: a tipificação do código Penal que pune o aborto, em seus artigos 124⁶ à 126⁷ e a Constituição Federal de 88, que explicita os direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

Primeiramente, para adentrarmos nessa jurisdição conflituosa, faz-se necessário falar em direitos fundamentais e restrições. Direitos fundamentais estão sujeitos a restrições e podem eventualmente se chocarem entre si, bem como colidir com princípios constitucionais ou fins estatais.

O Estado por sua vez exerce seu papel de guardião, conferindo-o intervenção:

No texto da Constituição ou na literatura especializada são correntes as referências a “restrições”, “limites” ou leis “restritivas” de direitos fundamentais para significar uma idéia comum de afectação ou intervenção estatal no domínio dos direitos fundamentais com algum sentido desvantajoso para os interesses de liberdade.⁸

O dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e de outro lado o interesse da mulher na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados que devem também ser protegidos pelo Estado, nos remete a um fim conflitante.

De acordo com a nossa legislação vigente, a liberdade da mulher em relação aos direitos sexuais e reprodutivos é restringida pela norma penal que pune o aborto. Ficando assim uma liberdade condicionada à lei penal.

Desta forma a criminalização do aborto que busca proteger a vida do feto ao mesmo tempo afeta e viola alguns direitos fundamentais da mulher. A atuação do Estado em restringir através de uma norma penal que pune tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros, conforme artigos 124 a 126 do Código Penal, pode-se mostrar desproporcional e defasada nos dias de hoje. Novais nos mostra claramente essa restrição citando o exemplo do aborto.

⁶ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

⁷ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2010. p.155.

Uma norma penal restringe simultaneamente, a liberdade geral de acção, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou até o próprio direito à vida (o exemplo de uma norma que criminalize o aborto ou, nos países que admitem, a própria pena de morte).⁹

No caso do aborto, por exemplo, a autonomia da mulher, resguardada pelo princípio da dignidade humana em seu artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988¹⁰ é afetada. Com efeito “a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.¹¹

A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo- homem ou mulher- tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.¹²

Da mesma forma, leva-se em consideração o direito à integridade física e psíquica da mulher. No caso de uma gravidez, o corpo da mulher sofre as transformações, assim como a integridade psíquica também pode ser afetada quando obrigada mesmo que indesejada.

Ademais, imperativo se faz uma interpretação conforme a Constituição. A prevalência da Constituição, é a essência deste método, que enfatiza a supremacia da Lei Maior. Os direitos fundamentais nela estabelecido devem ser primeiramente observados e respeitados, sob pena de inconstitucionalidade de uma lei.

A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2010. p.178.

¹⁰ Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III- a dignidade da pessoa humana

¹¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 5 ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012 v. IV. p. 168-169.

¹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 124.306. **Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre**. 2016. p.9.

natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque a mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade.¹³

Portanto, a restrição do aborto gera um desacordo sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, já que, de um lado protege integralmente a vida do feto, mas por outro lado restringe o direito da mulher. A esta situação caracteriza-se uma colisão de princípios.

A caracterização da situação decisória como uma colisão entre princípios é perfeitamente possível. Isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito penal e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física do acusado.¹⁴

Diante disso, pode-se ver que a proibição do aborto, quando da colisão entre direitos fundamentais, ainda restringe o direito à liberdade de escolha da mulher. Sobre tal posicionamento, destaca-se:

A desembargadora do Rio Grande do Sul Maria Berenice Dias dá destaque, em sua entrevista, à lei que vigora no Código Penal Brasileiro de 1940 sobre o aborto. Para ela, essa lei tem como projeto preservar a moral familiar em detrimento da questão da dignidade da mulher. Observa que, mesmo o aborto sendo criminalizado, isso não impede sua prática na clandestinidade e argumenta que sua penalização se dá por influência da religião e por outros interesses lucrativos que enfatizam a perversidade da ação. Não cabe ao Estado, segundo Dias, definir o início da vida, uma vez que nem a ciência conseguiu fazê-lo. Além disso, de acordo com a desembargadora, as anomalias fetais graves, a exemplo da anencefalia, não devem ser consideradas abortos. Para ela, a solução jurídica seria a inclusão de um permissivo legal sobre essa questão no Código Penal Brasileiro.¹⁵

Nesse sentido, pode-se observar que embora a prática do aborto seja criminalizada, não impede que o ato seja cometido de forma clandestina e, em virtude disso, a dignidade da mulher resta ferida, por tal escolha. Tem-se a colisão entre o direito fundamental à vida, de um lado, e o direito fundamental de liberdade, de outro, tendo que ser solucionado tal impasse.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 124.306. p.10.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p.95.

¹⁵ PORTO, Maria Rozeli; GROSSI, Miriam Pillar. **Aborto**: uma visão humanística. In: Revista Estudos Feministas. Vol.16. n.2. Florianópolis. Maio/Agosto, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200031. Acesso em 24 de maio de 2018.

Primeiramente, cumpre expor a diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos, trazida por Sarlet:

assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos, confusão esta (caso compreendida como um uso indistinto dos termos, ambos designando o mesmo conceito e conteúdo) que não se revela como inaceitável em se considerando o critério adotado. Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado) (...).¹⁶

No mesmo sentido, ainda aduz que:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹⁷

Diante da possibilidade recorrente de colisão entre direitos fundamentais, torna-se indispensável a análise da proporcionalidade de maneira que esta sirva tanto para a proibição da proteção deficiente quanto para a proibição do excesso, na solução dos casos concretos, através de um sopesamento.

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.¹⁸

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 11ed. 2012. p.18.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 2012. p.18.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p.117.

O princípio da proporcionalidade atua como limitação à restrição dos direitos fundamentais e como fator decisório na colisão de princípios, sopesando os direitos para que não se cometa exageros.

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível desta natureza.¹⁹

Analisando a proporcionalidade em suas três máximas, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, a criminalização do aborto mostra-se desproporcional e excessiva aos direitos fundamentais da mulher. Assim, sob o prisma jurídico, o caso parece envolver uma típica hipótese de ponderação de valores constitucionais, em que se deve buscar um ponto de equilíbrio, no qual o sacrifício a cada um dos bens jurídicos envolvidos seja o menor possível, e que atente tanto para as implicações éticas do problema a ser ponderado.

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 gravidez 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 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de ser respeitar a vontade da mulher nessa matéria.²⁰

É nesse enfoque que a descriminalização do aborto ganha forças, e se projeta na defesa dos direitos das mulheres. Mesmo que a prática deste tenha a força bruta da lei penal, e que muitas pessoas acreditem que o aborto seja profundamente condenável, acredita-se que não cabe ao Estado condenar, já que além de violar diversos direitos fundamentais já citados, não confere a proporcionalidade.

Sobre toda a violação que a criminalização do aborto afronta aos direitos fundamentais, ainda há um fator muito importante, e talvez o mais provado e que deve ser levado em conta, é que, mesmo com a proibição legal do aborto no Brasil, ele ocorre. É fato

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p.116-117.

²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 124.306.

social de ampla dimensão e vem sendo realizado, na maioria dos casos, em péssimas condições, fato que coloca em risco a vida das mulheres.

O abortamento é representado como um grave problema de saúde pública. Considerando apenas o território nacional, a estimativa é que ocorram anualmente mais de um milhão de abortamentos induzidos – uma das principais causas de morte materna no país. Esse tipo de aborto é uma temática que incita passionalidade e dissensão, além de atravessar um emaranhado de aspectos legais, sociais, culturais, morais, econômicos, jurídicos e ideológicos.²¹

Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso:

A tipificação penal viola, também o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meio mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores ao seus benefícios.²²

Consoante decisão, o fato de o aborto ser considerado como crime no Brasil não impede que as mulheres o façam, e ainda o fazem de forma clandestina e sem amparo e segurança. Seria bastante razoável adotar no Brasil solução semelhante àquela adotada por grande parte dos países europeus, que legalizaram a realização do aborto voluntário no primeiro trimestre de gestação, e se comprometeram com mecanismos diversos para evitar a banalização desta prática.

Assim, a educação sexual, o planejamento familiar e o fortalecimento da rede de proteção social voltada para a mulher, seriam o triunfo dessa problemática. Uma solução desta natureza, não conflitaria com a Constituição, mas antes promoveria, de forma mais adequada e racional, os seus princípios e valores.

Certamente o movimento feminista, bem como conferencias relacionadas à saúde e reprodução da mulher tiveram papel fundamental para que hoje se possa falar em violação dos direitos fundamentais das mulheres, principalmente quando fala-se em autonomia sexual e reprodutiva.

²¹ Cruz Santos, Vanessa; Ferraz dos Anjos, Karla; Souza, Raquel; Gonçalves Eugênio, Benedito. **Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública**. Revista Bioética, vol. 21, núm. 3, 2013, pp. 494-508. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533263014>. Acesso em 24 de maio de 2018.

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 124.306. p.2.

O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos percorreu uma longa trajetória, que teve como momentos decisivos a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994, conhecida como Conferência de Cairo, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, em Pequim.²³

Nesse sentido, Dworkin argumenta:

As mulheres precisam da liberdade de tomar decisões relativas à reprodução não apenas para reivindicar o direito de serem deixadas em paz, mas sim, na maior parte das vezes, para fortalecer os laços que as unem aos demais; para planejar responsabilmente uma família cujo sustento possam prover, para dar conta de seus compromissos profissionais assumidos com o mundo exterior, ou para continuar a sustentar suas famílias ou comunidades. Em outros momentos, a necessidade de abortar se impõe não a partir de um impulso assassino de pôr fim a uma vida, mas da dura realidade de um parceiro financeiramente irresponsável, uma sociedade indiferente aos cuidados com os filhos e um ambiente de trabalho incapaz de atender as necessidades dos pais que trabalham[...] seja qual for a razão, a decisão de abortar é quase invariavelmente tomada no contexto de uma rede de responsabilidades e compromissos interligados, conflitantes e, em geral, irreconciliáveis.²⁴

A citação acima refere-se exatamente sobre essa liberdade que tanto se busca atualmente pelas mulheres. Descreve a extrema importância do planejamento familiar, que acaba muitas terminando em uma escolha difícil para aquela que opta pelo aborto ao invés de continuar com a gestação. Não por querer praticar um crime, mas por exercer o seu direito de escolha, já que será ela que terá de abdicar dos compromissos em prol da maternidade.

5 CONCLUSÃO

Um grande número de intensas convicções pessoais sobre o aborto, são disseminadas todos os dias. Liberais ou conservadores, defensores ou acusadores, os que abominam totalmente e os que são pacíficos diante de uma situação com a escolha de abortar, opinam de acordo com suas convicções e entendimento.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 124.306. p.10.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2009. p.80.

O assunto merece total relevância diante da complexidade que se estende além de uma difícil escolha. A questão por ora debatida neste trabalho surte efeitos e consequências muito mais complexas que devem ser sopesadas antes do fim.

Nesse sentido, interessa saber que a interrupção voluntária da gravidez não deve ser tratada como um simples método anticoncepcional. Escolher pelo aborto ou aconselhar alguém pode trazer consequências árduas. Pois além de impedir o nascimento de um ser humano, pode também deixar traumas irreversíveis.

Por outro lado, fica claro que um sistema tão repressivo como o nosso dá lugar a um número enorme de abortos clandestinos que põem em risco a vida e a saúde da mulher, sem proteger, na prática, o interesse contestado.

Não olhar para o problema do abortamento é continuar a ver tragédias vividas isoladamente por mulheres. Não há como continuar fingindo. É preciso encarar os fatos. Milhares de mulheres, principalmente aquelas que não tem recurso e nem amparo, negras, pobres e jovens que acabam sendo os alvos mais afetados, acabam morrendo praticando aborto, por se verem ameaçadas pela justiça.

Portanto, partindo dessa constatação de que a criminalização do aborto viola os direitos fundamentais da mulher, não inibe a sua prática e ainda põem em risco a vida da mulher, fica explícita a ineficácia da tipificação penal.

Assim, não só a constituição, mas também a moral e os fatos nos indicam que é preciso reformar a lei, tornando-a mais compatível com a realidade ora mostrada que, sem descuidar da proteção da vida dos nascituros, considere os direitos das mulheres, e que seja feito logo para que não ocorra mais mortes e descasos, evitando também traumas desnecessários.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Transação. Habeas Corpus nº 124.306 Primeira Turma. Criminal. Direito Processual Penal. Habeas corpus. Prisão Preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. **Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre**. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 29/11/2016, Dje: 09/12/2016; Relator: Min. Luís Roberto Barroso.

CRUZ SANTOS, Vanessa; FERRAZ DOS ANJOS, Karla; SOUZA, Raquel; GONÇALVES EUGÊNIO, Benedito. **Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública**. Revista Bioética, vol. 21, núm. 3, 2013, pp. 494-508 Conselho Federal de Medicina Brasília, Brasil. Disponível em <http://www.redalyc.org/pdf/3615/361533263014.pdf>

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 5 ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012 v. IV

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 11ed. 2012.

STAFFEN, Marcio Ricardo; ARSHAKYAN, Mher. The legal development of the notion of human dignity in the constitutional jurisprudence. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 108-126, dez. 2016. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1560>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CALLETTI, Leandro. Necessidade de uma universalidade rediviva para os Direitos Humanos. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 16, p. 96-114, 2017.