

em defesa da pesquisa

# **Criminalização do aborto Brasil: uma análise sobre as violações de direitos das mulheres e sua inconstitucionalidade**

## **Criminalization of abortion Brazil: an analysis of women's rights violations and their unconstitutionality**

**Emillyane Cristine Silva Adorno<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Universidade do Estado do Mato Grosso, Pontes e Lacerda, Mato Grosso, Brasil. E-mail: [aemillyane@gmail.com](mailto:aemillyane@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3118-8512>.

**Alex Penazzo Tavares<sup>2</sup>**

<sup>2</sup> Universidade do Estado do Mato Grosso, Pontes e Lacerda, Mato Grosso, Brasil. E-mail: [penazzo56@gmail.com](mailto:penazzo56@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4428-8678>.

**Fernando Vechi<sup>3</sup>**

<sup>3</sup> Universidade do Estado do Mato Grosso, Pontes e Lacerda, Mato Grosso, Brasil. E-mail: [profvechi@gmail.com](mailto:profvechi@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0670-3404>.

Submetido em 18/06/2021. Aceito em 26/01/2022.

**insurgência**

InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais, v. 8, n. 2, 2022  
ISSN 2447-6684



Este trabalho está licenciado com uma Licença Creative Commons 4.0.  
Este trabajo es licenciada bajo una Licencia Creative Commons 4.0.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0.

# Criminalização do aborto Brasil: uma análise sobre as violações de direitos das mulheres e sua inconstitucionalidade

Resumo: O artigo consistiu em analisar a constitucionalidade da legislação penal brasileira sobre o aborto. Foi investigado o tratamento histórico sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, identificando aquelas mais suscetíveis aos efeitos da criminalização do aborto, tratando-se de pesquisa qualitativa, com método de procedimento bibliográfico e comparativo em que foi realizada análise indireta dos dados. Foi possível discutir a constitucionalidade do tipo penal, comparando com posicionamentos de Tribunais Constitucionais de outros países. Por fim, identificamos que as mulheres mais suscetíveis aos impactos da criminalização do aborto no país são adultas jovens, com baixa renda e escolaridade, pretas, pardas e indígenas, o que confirma uma seletividade criminal.

Palavras-chave: Aborto; Direitos Sexuais e Reprodutivos; Criminalização.

Abstract: The article consisted in analyzing the constitutionality of the Brazilian penal legislation on abortion. The historical treatment of women's sexual and reproductive rights was investigated, identifying those most susceptible to the effects of the criminalization of abortion. Through indirect data analysis, it is a qualitative research, with a bibliographic and comparative procedure method. It was possible to discuss the constitutionality of the penal type, comparing it with the positions of Constitutional Courts in other countries. Finally, we identified that the women most susceptible to the impacts of the criminalization of abortion in the country are young adults, with low income and education, black, brown and indigenous, which confirms criminal selectivity.

Keywords: Abortion; Sexual and Reproductive Rights; Criminalization.

## 1 Introdução

A importância e delicadeza do tema criminalização do aborto no Brasil não se situa no repetido dilema moral da proteção à vida de um embrião/feto, tão caro aos discursos de cunho religiosos, mas sim em ausência de garantia de direitos humanos inerentes às mulheres, como o acesso ao atendimento médico adequado, plena liberdade reprodutiva, o direito à vida e outros direitos fundamentais diretamente atrelados.

Devido à restrição aos métodos abortivos seguros, tais procedimentos são realizados em condições de risco e o resultado é uma das maiores causas de mortalidade materna e violência institucional contra as mulheres nos serviços de saúde (NOGUEIRA; NASCIMENTO, 2017). Também em razão da proibição, dados oficiais sobre os números de morte por abortamento inseguro no Brasil são inexistentes, o que dificulta mensurar o tamanho real da mortalidade por essa causa específica.

Contudo, o Sistema Único de Saúde (SUS) registra aproximadamente 200 mil internações/ano por procedimentos relacionados ao aborto entre os anos 2008 e 2015, dentre eles a “curetagem pós-abortamento/puerperal” e o “esvaziamento de útero pós-aborto por aspiração manual intrauterina” (CARDOSO; VIEIRA; SARACENI, 2020), o que nos permite dizer que o problema existe, mas a proibição legal não inibe a sua dimensão.

À vista dessa grave situação de negação, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar a manutenção da constitucionalidade da legislação criminal brasileira sobre o aborto. Enquanto que os objetivos específicos consistiram em investigar o tratamento histórico sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e identificar quem são as mulheres mais suscetíveis aos efeitos da criminalização do aborto.

Para isso, por meio de análise indireta de dados, foi selecionada bibliografia na busca de dados estatísticos, sociais e de direito para o desenvolvimento do estudo. Assim, também foi importante dividi-lo em três partes. A primeira teve como finalidade realizar apontamentos sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres na história brasileira. Na segunda procuramos analisar a legislação criminal brasileira a respeito do crime de aborto e manutenção de sua constitucionalidade. Por fim, na terceira parte, tratamos de analisar qual o perfil das mulheres mais suscetíveis aos danos/impactos pelo crime de aborto e entender a relação com a desigualdade social e seletividade criminal.

## **2 Os direitos sexuais e reprodutivos: breves apontamentos sobre seu tratamento na história**

Antes de iniciar, esclarecemos que os direitos sexuais e reprodutivos estão relacionados aos direitos das mulheres poderem controlar e decidir livre e responsabilmente sobre o número, espaçamento e oportunidade de ter sua prole, assim como a terem informações sobre os meios seguros para fazer o aborto (acesso ao atendimento médico) e não serem discriminadas ou penalizadas por isso.

Historicamente às mulheres foi reservada a esfera privada/natural em oposição à pública/civil em que os direitos políticos são exercidos (PATEMAN, 1993), concentrando por muito tempo o poder de decisão, inclusive, sobre os corpos femininos, aos homens, resultando na latente assimetria entre homens e mulheres na sociedade.

O Estado brasileiro colonial, que se alinhava com o pensamento da igreja, reduzia mulheres ao papel de reprodutoras e caso transgredissem a essa lógica religiosa (moral), ou seja, se praticassem aborto voluntário, teriam que lidar com o estigma, colaborando para a formação de uma cultura discriminatória que possui reflexos nas leis dos dias atuais. Nas palavras de Mary Lucy Murray Del Priore (1994):

A Igreja perseguia o aborto porque ele impedia o incremento de almas cristãs no céu, mas também porque era denotativo de ligações extraconjugais, enquanto a medicina passava a responsabilizar a mulher diretamente pelo aborto, e em última instância, pela existência de suas femininas “paixões”, o metabolismo venal e perigoso que as afastava da vida familiar. Apenas no casamento a mulher estaria a salvo de tantos preconceitos, fugindo às consequências do sistema binário católico-cristão, dentro do qual concepção e aborto se opunham. Ao resistir ao aborto as mulheres estariam reforçando uma demografia pródiga em filhos, colocando seus corpos a serviço das demandas do Estado e da Igreja, numa função reprodutiva que ainda perdura.

Observa-se que a decisão sobre os corpos femininos ficou positivada nas leis e na política do Estado brasileiro na sua origem. Segundo Mary Lucy Murray Del Priore (1994), o Brasil colonial incentivava uma política de ocupação que se baseava em três linhas: a) empenho em combater relacionamentos extraconjugais, isto é, relacionamentos fora do alcance do controle do Estado e da Igreja; b) proibição da instalação de conventos de freiras, sob a justificativa de que era preciso povoar o território brasileiro de cidadãos de bem; c) imposição do casamento para controlar a população colonial e condenar outra forma controle (como a interrupção voluntária da gravidez). Isso pode explicar a base sexista que o Brasil se construiu, comportamento que perdura inviabilizando até o momento a garantia real dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres em face da criminalização do aborto pelo Código Penal.

Quando fazemos essa mesma análise com recorte racial, a situação das mulheres se mostra ainda pior. Primeiro, é preciso considerar que o Brasil foi escravagista por mais de 300 anos (1526-1888). Nesse período de longos 3 séculos, negras e indígenas sofreram com a dominação e exploração sexual e de trabalho, pois eram consideradas apenas propriedade de donos de terras, tudo isso com ratificação do Estado brasileiro colonial, o último país da América a abolir a escravidão (FREITAS, 2011). Então, a ideia de povoar o Brasil desta época não isentavam essas mulheres, pelo contrário, as atingiam de maneira violenta e a exploração sexual delas significava o surgimento de uma massa de mestiços destinados ao trabalho na lavoura ou lavras (FREITAS, 2011). Nesse ponto, para mulheres não-brancas, direitos sexuais e

reprodutivos não eram sequer cogitados, porquanto não tinham tratamento humano, ou seja, não eram consideradas como pessoa digna de direitos ou que respeitassem alguma moral religiosa.

Outro dado relevante sobre o tratamento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres na história brasileira situa-se no século passado, mais precisamente na década de 90, onde o Congresso Nacional investigou a incidência de esterilização em massa de mulheres no Brasil. Na época, havia evidência de que 45% das mulheres em idade fértil estavam esterilizadas (BRASIL, 1993). Nos estados com índices de miséria e pobreza maiores e de composição populacional de grande maioria negra, o percentual de esterilizações era altíssimos. O estado do Maranhão, por exemplo, apresentou um percentual de 79,8% de mulheres em idade fértil esterilizadas, enquanto o do Rio Grande do Sul, estado de maioria branca, apresentou o menor índice 22,6% (BRASIL, 1993). Consta que as esterilizações compulsórias eram realizadas como forma contraceptiva, no entanto, as mulheres, de maioria pobre e negra, não eram sequer informadas sobre a irreversibilidade do procedimento ou de suas consequências. Ao final da investigação, concluiu-se que havia no Brasil uma execução de política de controle demográfico financiada por governos estrangeiros, com culpa por omissão do Estado brasileiro. Essas esterilizações foram enquadradas pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) como crime de lesão corporal com perda de função e exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo (BRASIL, 1993). Além desses indiciamentos, pode-se apontar que essa política de controle demográfico também foi uma política de violação dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres com caráter nitidamente racista e genocida, como apontou o movimento negro na época, uma ferida recente marcada na história do Brasil.

Na época da investigação, a Constituição Federal de 1988 já trazia disposição sobre autonomia da pessoa sobre quando, quantos e como ter filhos (art. 226, §7º) que vedava qualquer forma coercitiva, ou seja, de controle reprodutivo, por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988). Todavia, somente três anos após a investigação acerca das esterilizações em massa de mulheres, foi implementada a política de planejamento familiar através da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996 para regularizar o referido artigo que tratava do direito de reprodução.

Apenas há duas décadas, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), celebrada em 1979, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 4.377/2002, de 13 de setembro de 2002, que tem como objetivo proteger os direitos humanos das mulheres nos países

que forem signatários da Declaração Universal de Direitos Humanos, como o Brasil. Nesse ponto, temos a Recomendação n. 35, do Comitê da CEDAW, que elenca como violação da saúde e aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: a esterilização forçada, aborto forçado, gravidez forçada, criminalização do aborto, negação ou atraso do aborto seguro e de cuidados pós-aborto, continuação forçada da gravidez, abuso e maus-tratos de mulheres e meninas que procuram informações, produtos e serviços relacionados à saúde sexual e reprodutiva, podendo, em determinadas circunstâncias, ser equiparadas a tortura ou a tratamento cruel, desumano ou degradante (BRASIL, 2019). Essa incorporação via decreto representa um avanço na linha do reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil, mas, infelizmente não consolidado, já que, dentre outros problemas, o aborto voluntário ainda é crime punido com pena privativa de liberdade.

Os motivos pelos quais as mulheres não têm seus direitos sexuais e reprodutivos garantidos totalmente estão, dentre outros, relacionados diretamente com a discriminação em razão do gênero, ou seja, as mulheres não estão em igualdade de condições para exercê-los, principalmente, porque o próprio estado o viola, o reprime, e não busca maneiras de garanti-los efetivamente. Castillo (2015) destaca que a igualdade formal é o início para seu alcance,

A principal solução para que se alcance a igualdade de gênero é jurídica. As legislações nacionais devem cuidar para que os direitos acordados na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres sejam inseridos em todos os âmbitos, seja social, político ou de trabalho. Este é o caminho inicial para se destruam os estereótipos negativos. Com a lei será possível dar início ao processo de eliminação da violência contra mulheres: pobreza, falta de informação, precariedade de atendimento de saúde, alienação de mulheres dos cargos de poder e dos meios de comunicação (CASTILLO, 2015, p. 369).

É insuficiente a vontade política por parte dos Estados, que, em geral, e no caso do Brasil não é diferente, são governados por homens (CASTILLO, 2015). A falta de participação de mulheres nos postos de tomada de decisões contribui para perpetuação da negação dos direitos sexuais e reprodutivos. Sobre a problemática, segundo a autora Laura Davis Mattar (2013), o papel do Direito, na atualidade, como regulamentador das relações humanas, deve ser encarado como meio de mudança social, garantindo a não discriminação das mulheres e promovendo a igualdade real de gênero em todas as suas ramificações, mas principalmente no âmbito criminal no que toca a proibição do aborto.

Desse modo, ao fazermos um apanhado histórico de como os direitos sexuais e reprodutivos foram tratados pelo Brasil, podemos dizer que resquícios da exploração e dominação dos corpos femininos no tempo refletem para perpetuação da criminalização do aborto no Brasil, principalmente para desigualdade quanto ao alcance de direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e com mais densidade no que se refere às mulheres não-brancas. Ademais, é preciso lembrar que nesse momento o Direito deve se preocupar em mudar o *status quo* desse problema para garantir a igualdade e diminuir essas disparidades existentes. Uma solução seria a regulamentação do aborto através de sua descriminalização total ou parcial.

### 3 Análise da legislação criminal sobre aborto: apontamentos sobre a manutenção de sua constitucionalidade

Para começar a investigar a legislação criminal sobre o aborto voluntário no Brasil, faz-se necessário falar sobre o tratamento jurídico dado ao mesmo. Esse se encontra previsto como crime pelo Código Penal brasileiro e que possui duas hipóteses excepcionais: a) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I); b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, se for incapaz, de seu representante legal (art. 128, II); c) nos casos em que o feto seja anencéfalo<sup>1</sup>. Segundo Luciana Boiteux (2017), a criminalização do aborto é uma política de controle social das mulheres, com a finalidade de privá-las do controle e autonomia sobre seu próprio corpo.

O Código Penal brasileiro, decretado em 1940, antes da Constituição Cidadã promulgada em 1988, dispõe a pena de detenção com mínimo de um ano e máximo de quatro anos para o aborto provocado pela gestante e pena de reclusão de três a dez anos para o aborto feito por terceiro (arts. 124 e 126). Todavia, a manutenção dessas disposições tem se mostrado ineficaz tanto no que se refere a prevenção do crime quanto na proteção justa e efetiva de bens jurídicos, como a saúde e a vida, pelos crimes citados. Isso porque, apesar da proibição, estima-se que anualmente cerca de 503 mil mulheres realizam abortos no país e que, em decorrência das condições inseguras e ausência de atendimento médico, metade (48%) dessas mulheres precisará de internação hospitalar para terminar o procedimento (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 656).

---

<sup>1</sup> Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, em 2012.

Com relação a tais artigos do livro penal, Carmen Hein de Campos (2017) indica que há uma violência institucional e sexista movida pelo Estado em face das mulheres. Isso porque, segundo a autora, as instituições penais, como no caso da pauta do aborto, tendem a reforçar a posição subordinada das mulheres na sociedade, as quais são também vítimas das iniciativas da lei penal, da política criminal e da teoria criminológica.

Aspecto a ser observado e frisado é que a criminalização não impede que milhares de mulheres driblem a lei e realizem abortos inseguros, seja com o uso de medicamentos, seja buscando clínicas clandestinas. Pelo contrário, o proibicionismo da lei criminal gera dor, sofrimento, medo e até morte de muitas mulheres, além de reforçar estigmas, tornando o exercício do direito de decidir sobre suas vidas um ato abominável (COSTA, 2013).

De acordo com a pesquisadora Alexandra Lopes da Costa (2013), não se trata de fazer apologia ao aborto, nem de defendê-lo como método contraceptivo tampouco de resumi-lo a necessidade da liberdade das mulheres sobre seu corpo. Todavia, sob a ótica dos direitos sexuais e reprodutivos, a decisão sobre o aborto implica tanto em parâmetros éticos quanto mecanismos que possibilitem o exercício emancipatório dos indivíduos, no âmbito sexual, e da capacidade reprodutiva com plena autonomia e dignidade. Assim, o que se demanda é um tratamento jurídico que não trate o direito do feto à vida como se absoluto fosse. Faz-se necessário lembrar que o ordenamento jurídico de muitas democracias contemporâneas permite a interrupção voluntária da gravidez sem deixar de garantir a defesa da vida, inclusive, da vida intrauterina e por mais que possam as divisões provocadas pela diversidade de pensamento, crenças e pensamento ideológicos, por trás há sempre um viés humanitário, que dá valor a vida humana (COSTA, 2013).

A Constituição Federal defende a liberdade de religião e de consciência, contudo, não se deve esquecer que o Estado é laico. Com isso, o país não pode legislar nem construir políticas irrestritas com base em crenças morais ou religiosas (art. 19, inciso I, da Constituição Federal). É preciso considerar ainda que o direito à vida não seja um valor absoluto, como mostram os sistemas legais que avalizam a imputabilidade do homicídio em legítima defesa.

O ordenamento jurídico brasileiro, assim como os demais que serão vistos no próximo tópico, protege a vida humana intrauterina. Contudo, esse regime de proteção não é o mesmo que o direito à vida como direito fundamental das pessoas,

pois a proteção ao nascituro tem intensidade menor quando comparado a vida de alguém já nascido, uma vez que a tutela vai aumentando progressivamente à medida que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extra-uterina (RAMPAZZO, 2017).

De acordo com Adriane Rampazzo (2017), reconhecer que a proteção à vida do nascituro não é equivalente a que é proporcionada após o nascimento é necessário, já que isso está presente no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser observado na comparação da pena atribuída à gestante pela prática do aborto, que vai de 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código penal) com a pena prevista para o crime de homicídio simples, que vai de 6 a 20 anos de reclusão (art. 121 do Código Penal). Com isso, é perfeitamente possível retirar o valor de que a vida após o nascimento possui mais peso que a não nascida. Mais, isso também pode ser observado nas ocasiões que ocorre o aborto involuntário, isso porque mesmo para aqueles que não aprovam descriminalização do aborto, por mais que seja um evento doloroso, para a maioria das famílias isso não representa dor comparável a perda de um filho já nascido (RAMPAZZO, 2017). Cientificamente, nos dias atuais, não há dúvidas que paire sobre a impossibilidade de que o feto tenha capacidade mínima para sentir dor ou ter pensamentos, pelo menos até a formação do córtex cerebral, apenas a partir da 23<sup>a</sup> semana poderá haver um ser autônomo viável (RAMPAZZO, 2017).

Desse modo, é possível dizer que o nascituro merece sim proteção do ordenamento jurídico e da Constituição, mas não com a mesma intensidade/medida de proteção que a uma pessoa. Isso porque o feto é pessoa em potencial, mas não é pessoa ainda, da mesma maneira que uma semente pode ser qualificada como árvore em potencial, mas nunca como árvore<sup>2</sup>. Portanto, já que a proteção constitucional brasileira dentro do útero é menos intensa que a assegurada à vida das pessoas nascidas, pode-se ponderar os direitos fundamentais e os interesses da Constituição como a saúde, dignidade, liberdade das mulheres, direitos ao planejamento familiar, de fato.

Nesse sentido, a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que quando do início da gravidez, levando em consideração os estágios de desenvolvimento do feto, com especial relevância pois seria o estágio definidor do tratamento jurídico

---

<sup>2</sup> Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmen Lúcia Antunes considerou que “há que se distinguir, ser humano de pessoa humana (...) o embrião é, parece-me inegável, ser humano, ser vivo, obviamente (...) não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”. Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). O Direito à Vida Digna, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 22.

para o aborto. Ademais, não se pode esquecer que o estabelecimento de um prazo para realização do aborto tem a finalidade de proteger aquilo que ainda vai nascer, que ainda será pessoa e a medida que for se desenvolvendo, maior fica sua expectativa de vida com conseqüente maior proteção não só do feto, mas também da gestante que corre mais riscos de saúde se a interrupção demorar para acontecer (RAMPAZZO, 2017).

Mônica de Melo (2018, p. 141) defende que o Poder Judiciário através do Supremo Tribunal Federal pode descriminalizar o aborto voluntário via controle de constitucionalidade, principalmente considerando na interpretação o princípio da proporcionalidade. A propósito, isso foi realizado pela Suprema Corte em 2012, em sede da ADPF 54, quando se decidiu pela descriminalização do aborto em caso de feto anencefálico, valendo ressaltar também a importante decisão proferida no HC 124.306, que teve como relator Min. Roberto Barroso, no qual tivemos necessário reconhecimento de que:

é preciso conferir interpretação conforma Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal – que implicam o crime de aborto – para excluir de seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade (STF, 2012).

Ainda, considerou assertivamente que a criminalização é incompatível com:

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 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 (STF, 2012).

Diante dessa premissa, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em parceria com o Instituto Anis – Instituto de Bioética, promoveu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, no Supremo Tribunal de Federal (STF), reconhecendo que o STF é o espaço legítimo e com autonomia para o debater e decidir sobre a tutela de direito das mulheres. A ação foi distribuída à Ministra Rosa Weber, pleiteando que seja analisado a criminalização do aborto induzido e voluntário até 12ª semana de gestação sob a ótica da Constituição Federal, independentemente dos motivos que tenha a mulher para realizá-lo.

Espera-se que, na análise da ADPF nº 442, se reconheça à mulher os direitos de decidir sobre a maternidade, como corolário de sua dignidade, cabendo somente a ela escolher se quer, ou não, ter filhos, em que momento e com quem fazê-los (BOITEUX, 2017). No pedido da referida ação, solicita-se o período de 12 semanas considerando a proporcionalidade e experiência de legislações internacionais, como é o caso da Espanha, França, Uruguai, Alemanha e Cidade do México e também as evidências que demonstram a segurança do procedimento até o limite de 12 semanas, que possui pouco risco de complicações que exijam intervenção hospitalar.

### 3.1 Posicionamentos de tribunais constitucionais de outros países

O Tribunal Constitucional de Portugal despenalizou o aborto a pedido da gestante desde 1998, diante Acórdão nº 288/98, até a 10ª semana de gravidez em estabelecimento de saúde especializado. Vale destacar os argumentos usados pela referida Corte durante o julgamento:

1. O direito fundamental à vida e à integridade pessoal (arts. 24 e 25 da Constituição) e o reconhecimento da dignidade humana exigem a proteção da vida intrauterina. Essa proteção é limitada, uma vez que o feto não é “pessoa”. O direito à vida apresenta também dimensão objetiva, impondo a tutela da vida como valor. Nessa dimensão enquadra-se a proteção do nascituro, mesmo não sendo ele titular subjetivo do direito à vida.
2. A gestante possui os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de autodeterminação.
3. A colisão de princípios constitucionais e de direitos não se resolve pela (inexistente) hierarquia de valores constitucionais, mas pela ponderação de interesses e bem jurídicos colidentes. Cabe ao legislador estabelecer as formas de proteção da vida do nascituro. A vontade democrática expressa pelo Poder Legislativo deve ser respeitada. Além disso, a decisão do legislador português segue tendência de grande maioria dos Estados europeus de descriminalizar o aborto.
4. Com relação à tutela do nascituro, a Constituição não impõe o dever de criminalização do aborto. Isso confirma o poder do legislador de determinar em quais situações deve permanecer impune a interrupção voluntária da gravidez (PORTUGAL, 1998)

Após, ainda houve nesse país um intenso debate político e jurídico sobre o aborto. De acordo com Lunardi e Dimoulis (2018), o Tribunal Constitucional emitiu cinco importantes decisões (Acórdãos nº 25/84, 85/85, 288/98, 617/2006, 75/2010) e, nelas, analisou a constitucionalidade dos referendos de 1998 e de 2007 e as leis que objetivaram a parcial descriminalização do aborto. Nesses referendos, a questão discutida era se ao aborto a pedido da gestante deveria ser despenalizado caso

feito nas dez primeiras semanas em estabelecimento de saúde autorizado. Em todos prevaleceu o “sim”, mas o resultado não foi vinculante, uma vez que a abstenção superou 50%. Apesar disso, em 2007, a Assembleia da República aprovou lei que correspondia à proposta do referendo.

Interessa ressaltar que na sentença mais recente da Corte Constitucional Portuguesa (75/2010) houve um impulsionamento no desenvolvimento de um direito constitucional europeu que se refere ao aborto. Nela se confirmou a validade do modelo de período acompanhado de um aconselhamento não persuasivo, fundamentado no entendimento de que a Constituição portuguesa ordena que o Estado proteja tanto a vida intrauterina como a autonomia reprodutiva das mulheres. Considerando isso, a Corte respeitou as primeiras sentenças do Legislativo para adotar meios de proteção alternativos em que analisou a penalização desnecessária, inadequada ou desproporcional e que num Estado de Direitos, o ramo penal teria que seguir sendo o último recurso, a *ultima ratio* (MELO, 2018).

Na Alemanha, em 1992, o legislador autorizou o aborto nas 12 primeiras semanas, desde que fosse realizado por médico e após aconselhamento da gestante. No ano seguinte, em 1993, o Tribunal Constitucional Federal declarou outra vez a inconstitucionalidade parcial. Um dos argumentos dessa decisão reconhecia que a penalização não é medida adequada para o Estado cumprir o dever de tutelar a vida não nascida e que a pena imposta a gestante, que já está em situação de conflito, não resolve o problema (LUNARDI; DIMOULIS, 2018). Percebe-se, com isso, que medidas adequadas são, portanto, aconselhamento e a assistência material, sem punição.

No Canadá, o aborto foi ilegal somente até o ano de 1969 quando foi modificado o artigo 251 do Código Penal para autorizar a prática em caso de risco para saúde da gestante. Os requisitos eram a clínica ter autorização e o aborto ser feito após parecer positivo de três médicos. No ano de 1988, a Suprema Corte considerou que o artigo 251 do Código Penal violava a Carta de Direitos Cíveis do Canadá, principalmente o direito à segurança das gestantes. Com isso, o artigo foi afastado e declarado inconstitucional e desde então não existe norma penal criminalizando o aborto a pedido da gestante (LUNARDI; DIMOULIS, 2018).

Ainda sobre o julgamento da Suprema Corte do Canadá no ano de 1988, vale destacar o argumento da maioria que considerou que o procedimento de intervenção do Comitê previsto na lei apresenta falhas. Primeiro, demora muito, expondo as mulheres a riscos físicos e psicológicos. Segundo, em cidades menores é ainda mais difícil para as mulheres conseguir a autorização, gerando discriminação. Terceiro, os

critérios de avaliação são vagos, permitindo que fosse negada arbitrariamente a autorização. Quarto, impõe sofrimento desnecessário à gestante e atrasa o aborto, o que aumenta os riscos para sua saúde. Desse modo, a lei não atende o critério da justiça fundamental estabelecido na Carta de Direitos, causando mais prejuízo do que proteção para mulheres (LUNARDI; DIMOULIS, 2018).

Na Espanha, a Lei Orgânica 2/2010 permitiu o aborto nas 14 primeiras semanas a pedido da gestante e independentemente das razões para tanto. Sobre a mudança da legislação o Tribunal Constitucional não julgou um recurso pendente que pede sua inconstitucionalidade. Nesse país, portanto, o aborto por vontade da gestante não é crime. Antes disso, assim como hoje ainda é no Brasil, o aborto só era permitido em casos de evitar grave perigo para a vida ou a saúde da gestante, gravidez em decorrência de estupro e se houver má-formação do feto. Questionada a constitucionalidade dessa norma penal, o Tribunal Constitucional, em 1985, decidiu por sua recepção, que vigorou até 2010, quando foi descriminalizado pelo legislador (LUNARDI; DIMOULIS, 2018).

Na Eslováquia, a lei de 1986 permite o aborto nas 12 primeiras semanas da gestação sem necessidade de aconselhamento e mesmo posteriormente caso haja razões de saúde declaradas em laudo médico. Mais, menores de 16 anos precisam da autorização dos pais para fazê-lo (LUNARDI; DIMOULIS, 2018). Em 2001 foi levantada questão sobre sua constitucionalidade por grupos conservadores. A discussão girava em torno do artigo 15 da Constituição de 1992, a qual protege o direito à vida, e levantando a questão da tutela da vida uterina. Ao final, a Corte Constitucional entendeu que a vida humana não nascida não goza da mesma proteção da vida humana nascida, sendo, por isso, constitucional a norma que legaliza o aborto. Dentre os argumentos, destacam-se:

O nascituro não é um sujeito de direito que detém o direito fundamental à vida tal como as pessoas que nasceram com vida, mas possui um valor objetivo de ordem constitucional que deve ser tutelado. Cabe ao legislador prever os limites da proteção da vida humana não nascida, estabelecendo procedimento e limites temporais para a interrupção da gravidez. O legislador autorizou em certas hipóteses o aborto, levando em consideração os direitos da gestante, notadamente sua dignidade, autonomia e privacidade. Cabe somente a ela decidir sobre sua integridade física e psicológica, incluindo a decisão de levar a gravidez. A interferência no direito à privacidade só pode ocorrer com base em lei que tenha objetivos compatíveis com os propósitos de uma sociedade democrática. A obrigação de proteção da vida do nascituro não se sobrepõe ao direito fundamental da mulher à sua privacidade. O prazo de 12 semanas previsto no texto legal como limite para a realização do aborto a pedido da gestante não pode ser considerado arbitrário e está em consonância com

a previsão de diversos outros Estados da Europa (LUNARDI; DIMOULIS, 2018, p. 77).

Segundo Lunardi e Dimoulis (2018), o tratamento do aborto é um tema central no debate entre liberais e conservadores nos Estados Unidos há décadas. Como a competência legislativa sobre a questão é exclusivamente estadual, a Suprema Corte pronunciou-se dezenas de vezes sobre o tema, julgando leis estaduais que restringiam a contracepção e do aborto. Na década de 70, a decisão reconheceu que o direito à liberdade permitiu que a gestante realizasse a interrupção até que o feto fosse viável (no período de três meses da gestação). De acordo com Lunardi e Dimoulis (2018), a Suprema Corte aceitou alguns regulamentos que dificultavam o acesso ao aborto e limitavam o financiamento público. A atual orientação da Corte encontra-se na decisão *Planned Parenthood of South Pennsylvania vs. Casey* de 1992 (LUNARDI; DIMOULIS, 2018).

Sobre essa decisão, insta destacar que a maioria argumentou que a 14<sup>a</sup> Emenda reconhece à gestante o direito à liberdade, à integridade corporal e à privacidade que lhe permite decidir sobre o seu corpo. Reconheceu que se o Estado hoje proibir o aborto de feto não viável, a intervenção na liberdade é tão grande que poderá impor o aborto como meio de seleção eugênica ou de controle de população. A maioria também considerou que o feto não possui o direito à vida, pois desse direito só goza a pessoa. No entanto, o Estado tem forte interesse de proteger a saúde das mulheres e a vida do feto. Razão pela qual pode restringir o direito da gestante de abortar, de forma que no primeiro trimestre da gravidez, a saúde da gestante não corre risco em caso de aborto nem há feto viável, devido a isso, a gestante pode livremente decidir se realizará aborto (LUNARDI, DIMOULIS, 2018).

Na França, o aborto foi descriminalizado em 1975, com fulcro no projeto de lei elaborado e defendido no Parlamento pela Ministra da Saúde Simone Veil, em 1974 (LUNARDI; DIMOULIS, 2018). O Conselho avaliou a lei descriminalizadora em 75, considerando-a constitucional. Considerou que a lei que autoriza essa interrupção em caso de perigo para a vida da gestante ou a saúde da gestante, assim como quando ela se encontra em situação de angústia e a gestação não ultrapasse dez semanas, procede a uma delimitação constitucionalmente permitida entre a liberdade da gestante e a vida do nascituro. Em 2014, 39 anos depois do julgamento, legislador fez uma alteração e permitiu que o aborto fosse feito com solicitação da gestante nas primeiras 12

[411]

## Criminalização do aborto Brasil: uma análise sobre as violações de direitos das mulheres e sua inconstitucionalidade

semanas da gestação, sem necessidade de explicar razões pela qual pretende abortar (LUNARDI, DIMOULIS, 2018).

Na Hungria, o legislador no de ano 1992 autorizou o aborto até 12<sup>a</sup> semana de gestação em casos de estupro, dano ou deficiência do feto, risco a saúde da gestante e situação de grave crise da gestante. Essa grave crise precisava ser constatada por declaração da própria gestante. Contudo, grupos conservadores questionaram a constitucionalidade dessa lei, alegando direitos do nascituro. A Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade parcial da lei. Posteriormente, a Constituição de 2012 decretou que a vida é protegida desde a concepção, porém a lei de 1992 permanece em vigor e, ademais, um decreto especificou o procedimento para constatar a grave crise da gestante ou má-formação do feto (LUNARDI, DIMOULIS, 2018).

Ainda sobre a Hungria, na decisão 48 de 1998<sup>3</sup> da Corte Constitucional, a maioria argumentou que (i) além do aspecto subjetivo do direito à vida, existe o aspecto institucional do dever do Estado de tutelar a vida humana. Este último abrange a tutela do feto que deve gozar de proteção desde a sua concepção, ainda que não possua direito subjetivo à vida; (ii) a Corte não possui competência para determinar o estado jurídico do feto, mas constata que a decisão do legislador de autorizar o aborto em determinadas hipóteses é razoável, não contrariando a Constituição; (iii) a tutela do feto é limitada pelos direitos da gestante à dignidade, à integridade física e psíquica e à autodeterminação. Considerando que seria inconstitucional tanto permitir o aborto sem justa causa, ignorando dever de proteção do feto, como proibi-lo em larga escala, deixando de tutelar direitos da gestante; (iv) também considerou que o legislador húngaro não estabeleceu critérios e procedimentos para constatar a grave crise da gestante que autoriza o aborto, nem indicou quais deficiências do feto justificam o aborto, recomendando que teria equilíbrio entre o dever de tutela da vida e os direitos da gestante, se o legislador concretizar esses conceitos, exigindo parecer médico e aconselhamento da gestante por especialista (LUNARDI; DIMOULIS, 2018).

Na Índia, o aborto é legal desde 1971 (*Medical Termination of Pegnacy act*) nas primeiras 12 semanas de gestação com exigência de atestado médico e até as 20 semanas com atestado de dois médicos. Lá, a intervenção pode ocorrer em hospitais públicos de forma gratuita, todavia, a falta infraestrutura e de informação dificulta o acesso ao aborto de mulheres mais pobres (LUNARDI; DIMOULIS, 2018). Os quesitos são

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional Húngara, 48, 23-II-1998 AB. Publicada em MAGYAR Kozlony, 1998/105. Disponível em [https://hunconcout.hu/uploads/sites/3/2017/11/en\\_0048\\_1998.pdf](https://hunconcout.hu/uploads/sites/3/2017/11/en_0048_1998.pdf).

claros, menores de idade devem apresentar autorização dos responsáveis. As hipóteses autorizadoras do aborto são: risco para a saúde física ou mental da gestante; grave anormalidade do feto; estupro; gravidez de menina não casada menor de 18 anos; gravidez de mulheres incapazes mentalmente com consentimento do tutor; gravidez por falha de método contraceptivo; situação socioeconômica da gestante que possa dificultar a gestação; gestante que gerou filho com anormalidades congênitas (LUNARDI; DIMOULIS, 2018).

No julgamento judicial indiano (*High Court do Estado Rajasthan, Nand Sharma vs. Union of India*, 28.01.1977)<sup>4</sup>, foi solicitada a declaração de constitucionalidade da *Medical Termination of Pegnacy act* alegando se antiética e violar o art. 21 da Constituição indiana que protege o direito à vida. Como esperado, o Tribunal negou o pedido. Dos argumentos se destacam que: (i) a questão do aborto possui relevância pública, mas o judiciário não deve examinar questões relativas à moral ou ao início da vida e sim trata da proteção dos interesses da mulher; (ii) a lei protege o direito da mulher que foi estuprada, permitindo que realize o aborto para evitar dano à sua saúde mental, da mesma forma uma gravidez indesejada, resultado de uma falha do contraceptivo, pode gerar grave lesão à saúde mental da mulher; (iii) e que considera legal apenas a interrupção da gravidez feita nos prazos legalmente fixados e após laudo médico que constate a ocorrência de uma das hipóteses legalmente previstas (LUNARDI; DIMOULIS, 2018). Assim, o Tribunal considerou que o propósito da lei foi resguardar a vida da mulher grávida, conforme fica claro nos objetivos e na justificção para evitar que haja danos graves.

No México, a Cidade do México (unidade da Federação) promulgou no ano de 2007 legislação que permite o aborto nas 12 primeiras semanas de gestação. A Suprema Corte, em decisão de mais de mil páginas, examinou e confirmou a constitucionalidade. No julgamento da ação de inconstitucionalidade nº 146 de 2007<sup>5</sup> na Suprema Corte, é possível destacar alguns argumentos, tais como (i) a alegação de que as normas superiores não determinam o início da vida e que o direito à vida não é

---

<sup>4</sup> Rajsthan High Court, Nand Kishore Sharma and Others vs. Unio of India, 22.10.2005, AIR 2066 Raj 166, 2006 WLC Raj UC 411. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/1452660>.

<sup>5</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Comisión Naacional de los Derechos Humanos y Procuraduría General de la República, 28.08.2008. Disponível em: <https://sjf.scjn.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=21469&Clase=DetalleTesisEjecutorias#>.

[413]

## Criminalização do aborto Brasil: uma análise sobre as violações de direitos das mulheres e sua inconstitucionalidade

absoluto, proibindo-se somente sua privação arbitrária tampouco que exista ordem constitucional ou internacional que obrigue os Estados a penalizar a prática de aborto; (ii) a constituição e as normas internacionais impõem tutelar o direito à liberdade e à saúde, dentro daquela a autodeterminação da mulher, incluindo decisões sobre seu corpo; (iii) a norma despenalizadora do aborto apresenta como justificativa o problema de saúde pública decorrente dos abortos clandestinos e a necessidade de garantir o direito à autodeterminação das mulheres com relação à maternidade (LUNARDI; DIMOULIS, 2018).

Na Nova Zelândia, a lei permite o aborto desde 1977, com necessidade de dois médicos credenciados que certifiquem que a gravidez tenha sido resultado de incesto; causa risco de vida para a gestante; e pode gerar grave risco para a sua saúde física e mental. Consta que são raros os casos em que os médicos negam a autorização, o que, na verdade, determina é a vontade da gestante. Lá, algumas organizações religiosas questionaram judicialmente a forma de aplicação da lei, isso porque os tribunais do país não fazem controle de constitucionalidade, competência deliberada ao próprio parlamento. Esses grupos pediram, então, ao tribunal interpretação restritiva e controle judicial das decisões dos médicos que autorizam o aborto (LUNARDI; DIMOULIS, 2018).

Na decisão da Suprema Corte da Nova Zelândia de 09.08.2012<sup>6</sup>, foi decidido apenas sobre a aplicação da lei, a Corte então argumentou que a lei não impõe que os médicos que examinam o pedido da gestante fundamentem sua decisão, sendo suficiente atestar que ocorre uma das hipóteses de aborto legalmente previstas. Considerou que essa característica diferencia a autorização do aborto dos atos administrativos comuns que devem incluir fundamentação e que, de acordo com a lei, os médicos devem realizar entrevista apenas se a mulher solicitar, sendo que também não há indicação da forma correta para conduzir a entrevista, devendo ser respeitado o sigilo médico (LUNARDI; DIMOULIS, 2018).

Na contramão desses Tribunais/Conselhos Constitucionais, quando voltamos para o Brasil, nota-se que o entrave é que a criminalização do aborto voluntário suspende a garantia de direitos às mulheres. Segundo Samantha Buglione (2013), a criminalização do aborto voluntário traz efeitos que violam pressupostos normativos de hierarquia, de supremacia e interpretação sistemática do Direito, apontando que é

---

<sup>6</sup> *Supreme Court. Right to life New Zealand Inc vs. The Abortion Supercisory Commitee*, 09.08.2012. Disponível em: <http://nzlii.org/nz/cases/NZSC/2012/68.html>.

inconstitucional porque: viola a norma constitucional da igualdade, discriminado mulheres; viola a norma constitucional da liberdade de crença e pensamento; viola a dignidade das mulheres e sua autonomia; põe em risco a saúde delas; interfere de demasiada e arbitrária forma e proporção na vida privada dos indivíduos.

Desse modo, a manutenção da criminalização do aborto voluntário (com até 12<sup>a</sup> semanas de gestação) possui consequências penais desproporcionais, com a violação de direitos humanos das mulheres em detrimento de direitos de um feto que só tem a expectativa de ainda vir a ser uma pessoa, desconsiderando as evidências científicas e médicas quanto ao tema. Além disso, também foi possível observar que os artigos do Código Penal (1940) que criminalizam o aborto por vontade da gestante não podem ainda terem sido recepcionados pela Constituição Cidadã, porque há múltiplas violações de cunho constitucional, como a igualdade, liberdade de pensamento, dignidade das mulheres, saúde das mulheres e o direito penal não atuando como *ultima ratio*.

#### 4 O perfil das mulheres mais impactadas pela criminalização do aborto

No Brasil, a discussão sobre aborto pode revelar desigualdades e seletividade no impacto da lei penal com mais intensidade em determinado grupo de mulheres em face de outro. Nesse tópico, buscou-se analisar dados e referências bibliográficas, a fim de verificar quem são as mulheres que sofrem mais impactos pela criminalização do aborto no país.

Segundo Diniz, Medeiros e Madeiro (2017, p. 656):

o aborto no Brasil é comum e ocorreu com frequência entre mulheres comuns, isto é, foi realizado por mulheres: a) de todas as idades (ou seja, permanece como um evento frequente na vida reprodutiva de mulheres há muitas décadas); b) casadas ou não; c) que são mães hoje; d) de todas as religiões, inclusive as sem religião; e) de todos os níveis educacionais; f) trabalhadoras ou não; g) de todas as classes sociais; h) de todos os grupos raciais; i) em todas as regiões do país; j) em todos os tipos e tamanhos de município.

Para lembrar, o Código Penal de 1940 prevê o aborto induzido ou voluntário como crime, mas possui duas hipóteses excepcionais de legalidade: a) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I); e b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, se for incapaz, de seu representante legal (art. 128, II). Contudo, de acordo com a Pesquisa Nacional do

Aborto (2017), se sabe que por ano 503 mil mulheres realizam aborto inseguro no país, destas aproximadamente 240 mil (48%) precisam de atendimento médico ou internação hospitalar em decorrência de complicações (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017). Tal magnitude deixa clarividente a relevância do assunto para se questionar quais são as mulheres que podem sofrer danos quanto abortamento ilegal e inadequado e se o resultado revela uma seletividade na aplicação da legislação criminal.

Na realidade brasileira, a restrição aos métodos abortivos seguros leva mulheres a recorrerem a procedimentos realizados em condições de risco e o resultado pode ser uma das maiores causas de mortalidade materna e violência institucional contra as mulheres nos serviços de saúde público, principalmente, em face daquelas que mais precisam e fazem seu uso. Nessa linha, foi possível aferir que o abortamento inseguro é realizado em sua maioria por mulheres adultas jovens, com baixa renda e escolaridade, pretas, pardas e indígenas (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 657). Além disso, esse também é o perfil que mais utiliza/necessita do Sistema Único de Saúde (GUIBU; et. al., 2017).

Uma pesquisa realizada pela Organização Mundial da Saúde (2013, p. 17-18) mostrou que a cada ano 22 milhões de abortamentos inseguros são realizados e que quase todos, cerca de 98%, ocorrem em países em desenvolvimento, cenário em que o Brasil se encaixa. O mesmo estudo mostra que 47 mil mortes que tenham relação com gravidez são provocadas por complicações advindas de um abortamento clandestino e que 5 milhões de mulheres sofrem disfunções físicas/mentais como resultado. Analisando isso, é possível dizer que as mulheres mais suscetíveis a mortalidade e aos danos decorrentes do restrito acesso ao aborto seguro no Brasil são também adultas jovens, com baixa renda e escolaridade, pretas, pardas e indígenas.

De acordo com Samantha Buglione (2013), com a criminalização do aborto, cria-se uma legal e moralmente aceitável desigualdade formal. Isso porque, segundo a autora, o princípio da extraterritorialidade do Direito Penal (art. 7º, CP) dá aval para que um ato típico na ordem jurídica brasileira, se praticado no exterior, e lá não for típico, não configurará crime no Brasil. Então, as mulheres que possuam essa informação e que tenham condições financeiras vão para outro país em que o aborto é legal e realizam com segurança a interrupção da gravidez. A exemplo dessa situação, é comum mulheres brasileiras viajarem a Portugal para realizar a interrupção gestacional, segundo a Direção Geral da Saúde (DGS), elas ocupam a terceira posição entre mulheres estrangeiras que realizam aborto em Portugal, cerca de 15,8% (PORTUGAL, 2018).

De acordo com pesquisa realizada por Livia Miranda Muller Drumond Casseres (2018), a mortalidade materna em consequência da gravidez que termina em aborto implica num risco de morte maior para mulheres pretas em comparação às mulheres brancas e que enquanto as desigualdades sociais impactam no acesso à saúde, o racismo institucional<sup>7</sup> determina as condições de atendimento das mulheres negras, grupo que é mais exposto ao acesso desqualificado aos serviços do SUS, mesmo quando equiparada renda, nível de instrução e ocupação no mercado de trabalho. Essa análise também pode explicar como o racismo pode estar associado a criminalização do aborto e porque esse processo de criminalização impacta mais danosamente um grupo de mulheres, que já está marcado por indicadores de vulnerabilidade.

Ademais, Casseres (2018) menciona também uma pesquisa intitulada *A Cor da Dor*, publicada em 2017 pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, da Fundação Oswaldo Cruz – primeira análise grande das influências da raça/cor na experiência da gestação e parto -, e disse que, a partir desta, ficou claro que o funcionamento cotidiano dos serviços de saúde importa em benefícios e oportunidades diferenciadas segundo raça/cor. Nessa linha, a pesquisadora ainda vai além, analisa que a incriminação pela prática do aborto de mulheres brasileiras significa o exercício de um poder de morte, do qual tratou Foucault na obra *Em Defesa da Sociedade*. Explicando que isso pode significar o exercício de *biopoder* que toma a vida para gerenciá-la e sujeitá-la a instrumentalização.

A partir dessas explicações, é possível se atentar para manifestação da dominação real de mulheres racializadas, que sofrem com essa maior incidência da seletiva criminalização e, outrossim, observar que essa criminalização nada mais é do que uma violência contra essas mulheres através do Estado pelo sistema criminal de justiça.

Na pesquisa feita por Casseres (2018), evidencia-se o racismo estrutural como um componente histórico da ordem social brasileira, reproduzido pelo funcionamento das instituições do sistema punitivo, bem como do sistema de saúde, do sistema educacional, econômico e político. Essa pesquisadora constata que enquanto os movimentos feministas internacionais discutem a questão do aborto em termos de autonomia privada ou dos direitos ao próprio corpo, para as mulheres negras

---

<sup>7</sup> De acordo com Silvio Almeida (2019, p. 37), “o racismo institucional não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça”.

brasileiras expostas à morte na prática cotidiana do aborto inseguro, nem mesmo a ideia materna compulsória seria adequada para falar sobre sua condição.

Assim como foi a política de esterilização forçada de mulheres negras no passado, a escolha do legislador em manter uma política penal para o aborto reforça os mecanismos que sujeitam mulheres negras a um regime político de mitigação de direitos principalmente reprodutivos e colabora para a continuidade do racismo, compreendido como processo histórico e político. Por essas razões, a proteção do princípio constitucional da igualdade na sua dimensão antirracista constitui o epicentro da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442, ou seja, a Corte é provocada a declarar a humanidade das mulheres brasileiras na sua mais radical concepção: a percepção das mulheres negras (CASSERES, 2018).

Nota-se, no ponto em que chegamos, que as relações de poder do Estado se expressam de forma mais invasiva sobre as vidas das mulheres e mais ainda sobre as vidas das mulheres negras e todas as representações sociais construídas em torno dos corpos negros. Além disso, a criminalização do aborto é basicamente baseada em concepções moralistas, até mesmo dos legisladores atuais, que contribuem para variados processos de estigmatização das mulheres, o que impede que a questão do aborto seja vista como problema grave de saúde pública, permanecendo sob a égide da punitividade estatal (ARAÚJO; PIMENTEL, 2020).

É possível considerar que o Estado, nessa ocasião, não procura a garantia de proteção aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, pelo contrário, atua de forma a manter as assimetrias sociais e raciais através do controle que exerce sobre corpos femininos. Tratando-se de um Estado que parece ser um regulador dos interesses de cada um e não mais como o bem maior para todos.

Nesse sentido, compreende-se a criminalização do aborto não só como mais uma prática de violência contra mulheres, mas também como uma prática de controle dos corpos femininos que se perpetua, dessa vez, através da força punitiva do Estado, do sistema criminal. De acordo com Araújo & Pimentel (2020) não há nenhuma ruptura ou mesmo qualquer preocupação real com a proteção da vida das mulheres, mas sim uma interação e uma linha tênue entre o controle informal e formal das relações culturais e sociais que discriminam as mulheres, principalmente as mais impactadas pelo processo de criminalização do aborto.

O problema de saúde pública chama a atenção não só por sua magnitude, mas também por sua persistência. As políticas brasileiras, inclusive as de saúde, tratam o

aborto sob uma perspectiva religiosa e moral e respondem à questão com a criminalização e a repressão policial. A julgar pela persistência da alta magnitude, e pelo fato do aborto ser comum em mulheres de todos os grupos sociais, a resposta fundamentada na criminalização e repressão tem se mostrado não apenas inefetiva, mas nociva. Não reduz nem cuida: por um lado, não é capaz de diminuir o número de abortos e, por outro, impede que mulheres busquem o acompanhamento e a informação de saúde necessário para que seja realizado de forma segura ou para planejar sua vida reprodutiva a fim de evitar um segundo evento desse tipo (DINIZ; MEDEIROS; MADEIROS, 2017, p. 659).

Juntamente a outros fatores já mencionados nesse tópico, a questão racial é latente e é de extrema relevância levantar esses aspectos particulares na pesquisa sobre aborto, principalmente para falar sobre a seletividade criminal presente no direito penal. Assim, os dados devem ser considerados para analisar como se estabelecem, no Brasil, as desigualdades sociais e raciais com a população não branca. Possivelmente dessa maneira, analisando, podemos perceber e entender o peso da estrutura patriarcal da família e do racismo, que se consolidaram na sociedade brasileira como formas de opressão de gênero, raça e classe, no debate/discussão sobre a descriminalização do aborto.

Por fim, a legislação penal quando criminaliza o aborto em seus dispositivos proibitivos não só recaem sobre a raça, mas se associa a um conjunto de fenômenos ligados à estrutura social brasileira, na qual raça e sistema penal se constituem mutuamente e determinam as vidas dignas de se proteger e aquelas que se pode deixar perecer (CASSERES, 2018). Partindo da análise deste tópico, é possível perceber que a lei penal brasileira cria uma seletividade criminal de classe e raça. Isso porque a proibição e seus efeitos recaem apenas em face de um determinado grupo de mulheres, são elas: adultas jovens, com baixa renda e escolaridade, pretas, pardas e indígenas.

## 5 Considerações finais

Nota-se que historicamente o Estado brasileiro adotou políticas discriminatórias e negacionistas em relação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. É possível dizer que resquícios da exploração e dominação dos corpos femininos no tempo refletem para perpetuação da criminalização do aborto no Brasil, principalmente para desigualdade quanto ao alcance de direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e com mais densidade no que se refere às mulheres não-brancas.

Na análise da legislação penal sobre o aborto, os artigos do Código Penal que proíbem o aborto por vontade da gestante podem ainda não ter sido recepcionado

[419]

## Criminalização do aborto Brasil: uma análise sobre as violações de direitos das mulheres e sua inconstitucionalidade

pela Constituição Federal de 1988, porque há múltiplas violações de cunho constitucional, como a igualdade, liberdade de pensamento, dignidade das mulheres, saúde das mulheres e, principalmente, o direito penal não atuando como último recurso de controle estatal, mas como única alternativa. Tal realidade reflete o pensamento punitivista e misógino do estado em detrimento de soluções menos injustas, como a descriminalização total ou parcial do aborto adotadas por países como Portugal, Alemanha, Canadá, Espanha, Eslováquia, França, Hungria, México e Nova Zelândia.

A insistência em proibir o aborto, também nos permitiu notar que existe uma seletividade quanto a aplicação da lei criminal, porquanto a proibição e seus efeitos atualmente recaem com mais peso em face de um determinado grupo de mulheres. Isso nos leva a dizer também que as pessoas mais suscetíveis a serem detectadas, processadas, julgadas ou de sofrerem consequências por sua prática possuem um perfil marcado pela desigualdade social que atravessa raça, gênero, situação econômica e nível de instrução, isso porque elas são adultas jovens, com baixa renda e escolaridade, pretas, pardas e indígenas.

Por fim, consignamos que nesse momento Políticas Públicas devem ser implementadas para mudar o *status quo* da criminalização do direito de decidir sobre quando ter ou não filhos, para garantir a igualdade e permitir o exercício de fato dos direitos reprodutivos das mulheres. Uma solução seria a regulamentação do aborto através de sua descriminalização total ou parcial.

## Referências

ALMEIDA, Silvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo. Editora Pólen, 2019.

BOITEUX, Luciana. A ADPF 442, dignidade das mulheres, democracia e o STF. *Boletim IBCrim*, São Paulo, v. 25, n. 294, p. 5-7, maio 2017.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Recomendação Geral nº 35 sobre Violência de Gênero Contra as Mulheres do Comitê Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aebo63.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 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: 20 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a examinar a incidência de esterilização em massa de mulheres no Brasil*. 1993. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/85082>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BUGLIONE, Samantha. O aborto voluntário e seu eterno desconforto: um debate sobre o alcance das democracias laicas. In: FERRAZ, Carolina Valença et. al. (org). *Manual dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p 184-204.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. 1. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, supl. 1, 2020.

CASSERES, Livia Miranda Müller Drumond. Racismo estrutural e a criminalização do aborto no Brasil. *SUR. Revista internacional de direitos humanos*, São Paulo, v. 15, n. 28, p. 77-85, 2018.

CASTILLO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Alexandra Lopes da. Inquisição contemporânea: uma história de perseguição criminal, exposição da intimidade e violação de direitos no Brasil. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 181-197, dez. 2013.

DEL PRIORE, Mary Lucy Murray. A árvore e o fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto. *Revista Bioética*, p. 43-51.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2016. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017.

FREITAS, M. de A. O cotidiano afetivo-sexual na Brasil colônia e suas consequências psicológicas e culturais nos dias de hoje. Ponta de Lança: *Revista Eletrônica de História, Memória & Cultura*, v. 5, n. 9, p. 63-68, 31 out. 2011.

[421]

## Criminalização do aborto Brasil: uma análise sobre as violações de direitos das mulheres e sua inconstitucionalidade

- GUIBU, Ione Aquemi *et. al.* Características principais dos usuários dos serviços de atenção primária à saúde no Brasil. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, v. 51, Supl., 2017.
- LUNARDI, Soraya. DIMOULIS, Dimitri. *O caso da gravidez indesejada: dilemas éticos e jurídicos sobre aborto*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MATTAR, Laura Davis. *Os Direitos Reprodutivos das Mulheres*. Manual dos Direitos da Mulher. Cap. 3, pág. 54-79. Editora Saraiva Jur, ano 2013.
- MELO, Mônica de. *Direito fundamental à vida e ao aborto a partir de uma perspectiva constitucional, de gênero e da criminologia*. 2018. 189 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.
- NOGUEIRA, Beatriz Carvalho; NASCIMENTO, Flávia Passeri. *Delineamentos Jurídicos do Direito ao Aborto no Brasil: ADI 5581 E ADPF 442* (pág. 165-172). Relatório NAJURP: Direitos Humanos da Mulheres / Fabiana Cristina Severi, (organizadora). - Ribeirão Preto, FDRP, 2017.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para os sistemas de saúde*. 2 ed. Genebra: OMS, 2013.
- PATEMAN, Carole. *O Contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- PIMENTEL, Elaine; ARAÚJO, Elita Isabella Moraes Dorvillé de. Gênero, violência e racismo: reflexões sobre violência contra mulheres no Brasil a partir de uma perspectiva feminista e antirracista. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 29, p. 361-384, jan./jul. 2020.
- PORTUGAL. *Direção Geral da Saúde. Relatório do Registos das Interrupções da Gravidez*. Ed. 2018. Disponível em: <https://www.dgs.pt/portal-da-estatistica-da-saude/diretorio-de-informacao/diretorio-de-informacao/por-serie-1144918-pdf.aspx?v=%3D%3DDwAAAB%2BLCAAAAAAABAARYSzItzVUy8IMsTUIMDAFAHhFEfkPAAAA>. Acesso em: 25 ago, 2020.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 288/98. Diário da República, Série A, nº 91, 1998. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/288-666482>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- RAMPAZZO, Adriane. A (in)constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez no Brasil: um estudo de direito comparado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 9-38, jan./abr. 2017.
- Tribunal Constitucional, Plenário, Acórdão 288/98, Processo 340/98, Rel. Conselheiro Luís Nunes de Almeida, 17.04.1998. Disponível em

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>. Acesso em 20 ago 2020.

STF. Pleno - Julgamento da ADPF 54 sobre interrupção de gravidez de feto anencéfalo (1/5). Brasília: STF, 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IqSRM-dR1oA&t=6s>. Acesso em: 20 ago. 2020.

VENTURA, Miram. 2006. Descriminalização do aborto: um imperativo constitucional. In: COSTA, Alexandra Lopes da. Inquisição contemporânea: uma história de perseguição criminal, exposição da intimidade e violação de direitos no Brasil. *SUR. Revista internacional de direitos humanos*, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 192, dez. 2013.

---

**Emillyane Cristine Silva Adorno** | Discente do Curso de Direito da Universidade do Estado do Mato Grosso, Campus Pontes e Lacerda.

**Alex Penazzo Tavares** | Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Mato Grosso, Campus Pontes e Lacerda, e com especialização em andamento em Direito Penal e Criminologia pelo Complexo Educacional Renato Saraiva.

**Fernando Vecchi** | Professor de Direito na Universidade do Estado do Mato Grosso, Campus Pontes e Lacerda. Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.