

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA DA MULHER

Emetério Silva de Oliveira Neto*

Resumo: O presente artigo pretende abordar as delicadas questões que envolvem o aborto a partir dos direitos fundamentais da mulher, com destaque para a autonomia individual, que lhe garante um núcleo mínimo intangível de decisão sobre o seu próprio corpo. Nesse sentido, partindo-se da opção político-criminal manifestada na criminalização da conduta, são analisadas as situações excepcionais em que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a prática abortiva, defendendo-se uma modificação legislativa no rumo da descriminalização e legalização da interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação, tal qual se verifica em vários países democráticos ao redor do mundo. O trabalho também analisa a interferência do Supremo Tribunal Federal nessa temática, mostrando que há na sociedade um movimento muito forte em linha oposta, que prega a total criminalização do aborto, sob a questionável bandeira de que se está a defender o direito à vida.

Palavras-Chave: Aborto; Autonomia da mulher; Descriminalização; Legalização; Moralismo.

DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN BRAZIL: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WOMEN'S AUTONOMY

* Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG, 2019). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-doutorando em Direito pela UFC. Professor Efetivo (Graduação e Pós-Graduação) da Universidade Regional do Cariri (URCA).

Abstract: This article aims to address the delicate issues surrounding abortion from the fundamental rights of women, with emphasis on individual autonomy, which guarantees a minimum intangible core of decision about your own body. In this sense, starting from the political-criminal option manifested in the criminalization of the act, exceptional situations in which the Brazilian legal system authorizes abortion practice are analyzed, advocating a legislative change in the direction of decriminalization and legalization of voluntary termination of pregnancy until the third month of gestation, as happens in several democratic countries around the world. The work also analyzes the interference of the Brazilian Supreme Federal Court in this theme, showing that there is a very strong movement in society in the opposite line, that preaches the total criminalization of abortion, under the questionable banner that the right to life is being defended.

Keywords: Abortion; Women's autonomy; Decriminalization; Legalization; Moralism.

Sumário: 1. Introdução – 2. Autonomia, dignidade e isonomia da mulher: a validade do consentimento abortivo – 3. O art. 128 do Código Penal brasileiro: aborto necessário e aborto humanitário – 4. As ADPFs 54 e 442: ampliação das possibilidades de aborto pela via judicial – 5. Direito comparado e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 181/15: tentativa de eliminação das possibilidades de aborto pela via legislativa no Brasil – 6. Críticas às críticas às hipóteses de descriminalização e à legalização do aborto. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO



uiu-se, no segundo semestre de 2020, mais um intenso debate na sociedade brasileira, permeado de polêmicas, em torno do aborto. Tratou-se da interrupção da gestação de 22 semanas de uma menina de 10 anos, vítima de reiterados atos de estupro na cidade de São Mateus (ES), sendo o tio desta criança o principal suspeito do cometimento (continuado) de tão repugnante crime, previsto no art. 217-A, § 3º, do Código Penal¹. Com efeito, para além das delicadas questões éticas, morais e religiosas que o tema suscitou e não raro suscita, há importantes questões de ordem legal, doutrinária e jurisprudencial, as quais legitimam, em determinadas circunstâncias, a prática pelo profissional da saúde (médico) do aborto, que é, por regra, conforme dessume-se do Código Penal brasileiro (arts. 124 ao 127), uma conduta criminosa, inclusive em relação a quem consente.

Pensando em todos esses aspectos, o trabalho vertente tem por escopo analisar detalhadamente as hipóteses de aborto permitidas no Brasil, o fazendo à luz do direito fundamental à autonomia da mulher, dentre outras garantias não menos importantes que a Constituição Federal de 1988 lhe outorgou, ressaltando-se, em tal contexto, o paradigma do estado laico adotado (art. 19, inc. I, CF/88). Busca-se, nessa senda, incursionar pelo direito comparado, a fim de descobrir que avanços ocorreram até o presente momento nos ordenamentos jurídicos de países democráticos com tradições constitucionais bastante próximas à nossa (v.g.: Estados Unidos, Espanha, Portugal, Alemanha, Argentina, etc.), para se avaliar possíveis defasagens na legislação penal pátria, que nos termos já mencionados a rigor pune o abortamento.

O diagnóstico é o de que a punição do aborto, isto é, o

¹ Segundo noticiado amplamente pela imprensa, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES) já ofertou denúncia-crime contra o acusado. Nesse sentido, confira-se: <<https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2020/08/25/justica-aceita-denuncia-e-tio-vira-reu-por-estupro-de-menina-de-10-anos-no-es.ghtml>>. Acesso em 27 ago. 2020.

tratamento da temática sob o ângulo do direito penal, não é o melhor dos caminhos, uma vez que, além de não conseguir evitar a prática reiterada em todo o país da conduta proibida, não consegue exercer o efeito da prevenção geral positiva, de reafirmação (integração) da ordem violada, e, o pior, acarreta o morticínio de milhares de mulheres todos os anos, a maioria delas pobres, negras e pouco informadas, que praticam o arriscado procedimento sem qualquer segurança, seja pelo temor da punição seja pela ausência de recursos financeiros.

Por isso, é fundamental enxergar a problemática do aborto como sendo de saúde pública, o que certamente levará a mudanças significativas em relação a essa prática já disseminada aos borbotões em todas as classes sociais, a partir do fomento de políticas públicas de conscientização e apoio psicológico às gestantes, que inclusive poderão dissuadi-las da prática do aborto, com a preservação da vida do embrião ou feto, evitando-se, de outra banda, mortes e lesões graves indesejadas, consequência da realização clandestina e insegura do procedimento.

Com efeito, ninguém nega que o aborto se insere num ambiente em que se verifica uma permanente colisão de direitos: de um lado, a autonomia, dignidade, privacidade, vida, saúde, etc., da mulher e, do outro, a vida do feto, considerada por alguns intérpretes como um valor em si mesmo (bem intrínseco), em defesa da qual se erguem as vozes que declaradamente se opõem ao aborto. Deve, assim, o legislador, a quem por definição constitucional compete dispor sobre matéria penal (art. 22, inc. I, CF/88), avaliar a melhor forma de equacionar o conflito. Ocorre que o Poder Legislativo, por razões diversas, não tem se debruçado sobre essa temática e não sinaliza no sentido da descriminalização e legalização do aborto. Ao contrário, se debate no atual conservador Congresso Nacional uma Proposta de Emenda Constitucional (nº 181/2015) com o objetivo de proibir o aborto em toda e qualquer situação.

Inobstante, há um certo consenso jurídico no sentido de

que os direitos do feto vão ganhando maior densidade a medida em que a gravidez vai avançando². Assim, muitos países admitem a interrupção voluntária da gestação até o terceiro mês de gestação, período em que é inviável a vida extrauterina. Esse assunto foi inicialmente debatido no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento pela 1ª Turma do HC 124.306-RJ (2016), ocasião em que o órgão fracionário do tribunal reconheceu, sem caráter vinculante (*inter partes*), a inconstitucionalidade da criminalização do aborto praticado durante o terceiro mês de gestação. A discussão ampliou-se e agora segue no âmbito da ADPF 442, cujo mérito ainda não foi julgado.

Postas essas premissas, tem-se que o debate jurídico precisa se blindar da contaminação por elementos morais e religiosos, guiando-se sempre que possível pelo conhecimento científico. Não existem, pois, razões convincentes para que se mantenha, nos moldes atuais, a criminalização do aborto voluntário, exceto, no limite, quando se tenha uma maior segurança acerca da existência de vida formada ou de sua viabilidade fora do útero (aqui não entram os casos de estupro e de risco de vida para a gestante, em que a lei penal já houve por bem autorizar a interrupção da gravidez independentemente do período de gestação). A defesa da legalização do aborto, qual se pretende nesse estudo, não se confunde com a defesa do aborto em si, prática comumente indesejada, pois gera muitos danos.

Nem sempre é adequado suprir a defasagem legislativa pela via judiciária, embora a intervenção do Supremo tenha sido fundamental em vários momentos, como ocorreu em relação à ADPF n° 54, julgada em 2012.

2 AUTONOMIA, DIGNIDADE E ISONOMIA DA MULHER: A VALIDADE DO CONSENTIMENTO ABORTIVO

² Confira-se por todos: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 142 et. seq.

O texto constitucional de 1988 assegura, em seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Diz, também, no artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sob o qual se fia a República Federativa do Brasil³. A essas normas cogentes, de sua vez, aco-pla-se o princípio da autonomia individual, que implica, em outras palavras, garantir em níveis satisfatórios o exercício desembaraçado da liberdade ou da subjetividade de cada indivíduo em sua vivência social.

Conceitualmente, a ideia básica de autonomia é que todo ser humano pode decidir sobre si mesmo, independentemente de a sua conduta parecer ou não justa⁴, respeitados, por óbvio, os limites de salvaguarda dos direitos alheios, vale dizer, não há autonomia válida para a lesão de bens jurídicos de outrem ou de reconhecida relevância social (interesses coletivos). O cerne da autonomia está no poder de autodeterminação do sujeito, condição de desenvolvimento livre da sua personalidade. O contrário disso chama-se heteronomia, que busca sustentáculo no ideal paternalista, segundo o qual o sujeito necessita de uma proteção exterior, ordinariamente regulamentada pelo ente estatal, contra riscos ou lesões que supostamente não estaria preparado para suportar. Como bem dito por Jean Cohen, atribuir autonomia decisória aos indivíduos a respeito de questões sensíveis como o aborto, simplesmente milita contra o paternalismo estatal⁵.

³ No plano do direito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU), de 10 de dezembro de 1948, proclama em seu art. 1º que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

⁴ Nessa direção, consulte-se: SEGRE, Marco et al. O contexto histórico, Semântico e filosófico do princípio de autonomia. *Revista Bioética*, v. 6, n. 1, Brasília-DF, 1998, p. 6.

⁵ COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 7, Brasília, jan.-abr. de 2012, p. 185. Trata-se de uma interpretação do direito à privacidade com

Do ponto de vista puramente filosófico, partindo-se da tradição deontológica de Immanuel Kant, em que o homem é o fim primeiro do agir e do pensar, a autonomia é considerada como uma propriedade constitutiva da própria pessoa humana, que enquanto ser autônomo – leia-se, dotado de vontade e livre-arbítrio – escolhe e hierarquiza suas normas e valores, realiza seus projetos de vida e toma decisões. A esse respeito, Kant aduz que se a ação individual puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal (*o uso do livre arbítrio deve coexistir com a liberdade de todos*), todo aquele que obstaculizar essa ação ou condição produzirá injustiça, uma vez que esse obstáculo, também chamado de resistência, não pode coexistir com a liberdade de acordo com uma lei universal⁶. Numa palavra, o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser colocado na condição de objeto. Trasladado para a esfera da juridicidade, esse pensamento kantiano significará que os destinatários do direito só adquirirão autonomia verdadeira na medida em que eles mesmos sejam os autores das leis as quais estão submetidos como sujeitos jurídicos privados⁷.

De outra parte, a ética utilitarista, capitaneada por Jeremy Bentham e John S. Mill, privilegiará a autonomia apenas na medida em que ela proporcione a maximização do bem-estar social, isto é, o maior benefício geral ao menor custo. Daí que Bentham não hesitará em dizer que: “an action then may be said to be conformable to then principle of utility, or, for shortness sake, to

respeito à autonomia decisória. A privacidade, assim, abarcaria a decisão de uma mulher sobre levar ou não à conclusão a sua gravidez.

⁶ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. de Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 77.

⁷ Para Habermas, “el principio de igual respeto para todos adquiere validez sólo en la forma de una autonomía protegida jurídicamente, que cada uno puede utilizar para llevar a cabo su proyecto personal de vida”, com o que se elimina a separação em unidades estanques das esferas pública e privada, em prol do que o sociólogo alemão chama de conexão interna ou conceitual entre ambas. Cf. HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Trad. de Juan Carlos V. Arroyo et al. Barcelona: Ed. Paidós Ibérica, 1998, p. 194.

utility, (meaning with respect to the community at large) when the tendency it has to augment the happiness of the community is greater than any it has to diminish it”⁸.

No mesmo sentido, Stuart Mill sustenta que a ideia de utilidade ou felicidade, considerada a regra norteadora da conduta humana, implica no bem-estar geral e não no bem-estar meramente individual. São suas palavras: “(...) car cet idéal n'est pas le plus grand bonheur de l'agent lui-même, mais la plus grande somme de bonheur totalisé [*altogether*]”⁹. Assim, segundo a moral utilitária a liberdade individual deve se embasar mais no agir útil do que na vontade, de sorte que a infringência da autonomia será justificada diante de outros objetivos desejáveis, que ao fim e ao cabo se afigurarão úteis à própria pessoa na perspectiva de sua inserção no contexto social geral. Mas Stuart Mill, ao escrever sobre a liberdade humana, iniciará a sua alocação com o pensamento de Wilhelm von Humboldt, para quem o grande princípio, ao qual se dirigem todos os argumentos acerca da liberdade, é a importância absoluta e essencial do desenvolvimento humano em sua riquíssima diversidade, o que impõe limites ao poder exercido legitimamente pela sociedade (Estado) sobre o indivíduo, numa permanente luta entre a liberdade e a autoridade¹⁰.

Todas essas considerações demonstram que sob o ponto de vista da subjetividade não há diferença ontológica entre a autonomia que deve ser conferida ao homem e à mulher, o que também ganha ressonância no atual estágio de desenvolvimento das sociedades democráticas, marcado por profundas mudanças

⁸ BENTHAM, Jeremy (1781). *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000, p. 15.

⁹ MILL, John Stuart (1861). *L'utilitarisme*. Traduction française de Georges Tanesse à partir de la 4e édition anglaise parue en 1871 du vivant de Mill. Québec: Édition électronique, 2002, p. 30. Ver também, a respeito do utilitarismo em Stuart Mill: WARNOCK, Mary. *Utilitarianism and on liberty*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2003, p. 181 et seq.

¹⁰ MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. por Josefa Sainz Pulido. Madrid: Aguilar, 1859, p. 18.

no quesito dos costumes comunitários, muitas delas cristalizadas em dogmas de superior hierarquia jurídica (direitos e garantias fundamentais). Pensar diferentemente significa ferir de morte o princípio constitucional da isonomia material. Assim, não se pode tolerar a edição de leis – muito menos a adoção de certos métodos interpretativos das normas vigentes – que desigualem os sujeitos, por exemplo, por razões de gênero, sem que para tanto haja uma base consistente.

Consoante entendimento doutrinário, a desigualdade será tolerada, por compatível com o texto magno, tão-somente quando justificada *na lei e perante a lei*, sendo de mister que concorram os quatro elementos seguintes: a) o *discrímen* não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo; b) as situações ou pessoas desiguadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, isto é, possuam características e traços diferenciados; c) exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) o vínculo concreto de correlação antes referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, ou seja, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa (sob o prisma do texto constitucional) para o bem público¹¹. Tem razão, assim, Ferrajoli quando matiza que o direito a maternidade voluntária como autodeterminação da mulher sobre o próprio corpo lhe pertence de maneira exclusiva porque nessa matéria os homens não são iguais às mulheres, de sorte que não há um “direito à paternidade voluntária” análogo ou simétrico ao “direito à maternidade voluntária”, uma vez que a gestação e o parto são inerentes à identidade feminina¹².

Em casos de aborto, a validade do consentimento da

¹¹ Consulte-se, nesse sentido: BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 22. tir. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 41.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: a ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trota, 1999, p. 85-86.

mulher gestante como elemento excludente do crime por eventuais lesões que o procedimento abortivo venha a lhe acarretar, mais do que um exercício de autonomia sobre o seu próprio corpo, que deve ser reconhecido indistintamente a todos os indivíduos, traduz-se como expressão de um desejado nivelamento entre homens e mulheres. Ademais disso, garantir em hipóteses previamente delimitadas a autonomia reprodutiva da mulher¹³ por meio da legalização do seu consentimento em relação a paralisação da vida do nascituro é uma forma de assegurar a força vinculante da dignidade da pessoa humana¹⁴, pois evita que a gestante seja – sob os auspícios do Estado – lançada à própria sorte, na medida em que obrigada a amargar a insondável dor de uma gravidez indesejada, seja por razões morais (ou sentimentais) seja por motivos ligados à vida ou à saúde dela e/ou do feto. Portanto, não nos parece que naquelas situações de aborto autorizado¹⁵ haja algum outro princípio que autorize o sacrifício concreto da dignidade da mulher, que é um vetor de amparo da sua autonomia.

Enquanto princípio constitucional estruturante, portanto,

¹³ Como afirmado por Jean Cohen, “a liberdade reprodutiva é fundamental também porque envolve o cerne da identidade de uma mulher – estão em jogo sua corporificação, seus processos de autoformação, seus projetos de vida e sua compreensão sobre si própria”. Cf. COHEN, Jean L. *Repensando...*, op. cit., p. 198.

¹⁴ Para uma análise crítica do uso, por parte dos julgadores e da doutrina, da dignidade humana como um recurso universal para a solução de problemas jurídicos que poderiam ser resolvidos mais adequadamente com o recurso a outros direitos, ressaltando a preocupação com a banalização desse que também pode ser considerado o conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais, cf. SILVA, Virgílio Afonso de. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 191 et. seq. Em relação ao conteúdo essencial absoluto (barreira intransponível do direito) e relativo (possibilidade de sopesamento) da dignidade, que seria, assim, ao mesmo tempo, tratada em parte como regra e em parte como princípio, veja-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 111 et. seq.

¹⁵ Reitere-se a possibilidade de exclusão do crime em abortos praticados até o terceiro mês de gestação, temática já debatida em 2016 no HC 124.306-RJ (STF) e atualmente discutida no âmbito da ADPF 442, conforme veremos no decorrer deste trabalho (item 3).

a dignidade da pessoa humana deverá presidir a interpretação da totalidade do texto constitucional¹⁶. Assim, não há dúvidas de que faz parte do conteúdo mínimo da dignidade humana, dentre outros, o direito à autonomia individual, cuja normatividade, independentemente disso, já deriva de forma expressa diretamente da própria Constituição Federal, o que só reforça a intangibilidade desse direito frente a questões pontuais de ordem moral ou religiosa que eventualmente se coloquem como barreiras à sua plena fruição. Com isso, a CF/88 reconhece categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana (fundamento ético-filosófico) e não o contrário. A dignidade, enquanto norma jurídica fundamental da comunidade, ou seja, princípio constitucional de maior hierarquia axiológica, desempenha o papel de valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídico-positiva (constitucional e infraconstitucional)¹⁷.

3 O ART. 128 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: ABORTO NECESSÁRIO E ABORTO HUMANITÁRIO

O Código Penal brasileiro traz duas situações em que a prática do aborto não constitui ato criminoso, tanto para o profissional da área da saúde que o executa, quanto para a gestante que o consente. Assim, ao passo que configuram crime as condutas de aborto provocado pela gestante ou feito com o seu consentimento (art. 124, CP¹⁸) e a de aborto provocado por terceiro

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, 2000, p. 182. Ingo Sarlet aponta que não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, CF/88), tendo sido consagrada como princípio (e valor) fundamental para servir de norte ao intérprete no exercício da missão de assegurar-lhe força normativa. Consulte-se: SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III: a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 124.

¹⁷ Nesse caminhar, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III: a dignidade da pessoa humana..., op. cit., p. 125.

¹⁸ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho

(arts. 125 e 126, CP¹⁹), sendo, ademais, qualificado o crime se em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave ou se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte (art. 127, CP), não se pune o aborto praticado por médico *se não há outro meio de salvar a vida da gestante* ou *se a gravidez resulta de estupro* e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (art. 128, incs. I e II, CP). À primeira hipótese de ablação do delito ventilada no CP, chama-se de aborto necessário, sendo a segunda doutrinariamente reconhecida sob a rubrica de aborto humanitário ou sentimental ou ético.

Para sintetizar, são três as condutas puníveis a título de aborto: 1) a prática pela gestante em si mesma do aborto (autoaborto); 2) o consentimento da gestante a que outrem interrompa a sua gestação; e 3) a prática do aborto por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. E duas as situações em que a lei exclui a punição, quer dizer, o próprio caráter criminoso do fato: 1) o aborto para salvar a vida da gestante, também chamado de terapêutico; e 2) o aborto quando a gravidez é resultado de estupro. Com efeito, embora não se encontre quem defenda como sendo de caráter absoluto o direito à autonomia da mulher sobre o seu corpo, a questão central a ser posta no debate sobre o aborto é saber se tal problema, que sem dúvidas é dos mais candentes, deve ser tratado sob a ótica da saúde pública ou do direito

provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Esse tipo penal pode ser realizado a partir de duas condutas: 1) a primeira delas é uma conduta comissiva, em que o ato de execução do aborto é praticado pela gestante; 2) a segunda é de natureza omissiva, quando a mãe permite que um terceiro pratique o ato de execução e, como consequência lógica deste consentimento, não impede a realização nela da atividade violadora da vida em formação. Nessa linha, cf. BRANDÃO, Cláudio. Trajetória dogmática do tipo de aborto. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 7, nº 12, mai.-ago. 2015, p. 66.

¹⁹ Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos; e Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

penal, mantendo-se, neste último caso, sem alterações mais substanciais, a criminalização da conduta nos moldes previstos na legislação acima referida.

Nesse tocante, cumpre destacar que desde a década de 60 do século passado se assiste em todo o mundo um fenômeno de liberalização da legislação sobre o aborto²⁰, redundando na paulatina descriminalização dessa que é uma conduta que desafia os mais variados – e por vezes insustentáveis – rechaços de ordem moral e religiosa, no fundo ancorados em crenças de um naco social ainda bastante conservador (e machista²¹). Cite-se, à guisa de exemplo, tendo por base os dados apresentados por Daniel Sarmiento, que legisladores e Tribunais Constitucionais de países democráticos como Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Espanha e Canadá, já “promoveram significativas modificações em suas ordens jurídicas, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, desde que realizada dentro de determinados prazos ou sob determinadas indicações”²², o que lamentavelmente não vem sendo acompanhado no mesmo ritmo pelo direito brasileiro, nesse ponto ainda anacrônico e deveras

²⁰ Ver, a respeito: SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Abr./Jun. 2005, p. 46 et seq.

²¹ O machismo, refletido na (ir)refletida criminalização do aborto, não deixa de ser uma equivocada crença de superioridade masculina, na qual se forma todo um poder simbólico que originalmente embasou – e em muitos aspectos ainda embasa – a ordem social patriarcal (a esse respeito, cf. os interessantes estudos de: GUTMANN, Matthew. O machismo. Trad. de Michele Markowitz. *Antropolítica: revista contemporânea de antropologia*, Niterói, n. 34, p. 95-120, 2013; LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. Trad. de Luiz Sella. São Paulo: Cultrix, 2019). Nesse sentido, Johan Galtung apontará que a violência contra a mulher, a cultura do machismo e a estrutura do patriarcado são itens intrincados de um triângulo de galopante violência social (cf. GALTUNG, Johan. La violencia: cultural, estructural y directa. *Journal of Peace Research*, [s. l.], v. 27, n. 3, p. 291-305, 1990) ou, no diagnóstico de Pierre Bourdieu, de persistente dominação masculina (cf. BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*. Trad. de Maria Helena Kühner. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019). No direito romano, para exemplificar, quando se passou a incriminar as práticas abortivas, o argumento cifrava-se em que o direito ao aborto livre, por parte da mãe, colidiria com o direito à prole por parte do pai.

²² SARMENTO, Daniel. Legalização..., op. cit., *idem*.

rigoroso em relação às mulheres, com sérios riscos de brutais retrocessos quanto ao pouco que a deficiente política criminal pátria adotada até aqui proporcionou de conquistas, conforme se demonstrará na sequência (itens 3 e 4 infra).

Em seus comentários ao Código Penal, Nelson Hungria já lembrava que a prática do aborto é de todos os tempos, em que pese nem sempre tivesse sido objeto de incriminação, eis que ficava, de regra, impune quando não acarretava algum dano à saúde ou a morte da gestante, partindo-se, como em Roma, da ideia de que o produto da concepção não era um ser autônomo, mas parte do corpo da gestante²³. No caso brasileiro, em que a prática é incriminada desde que haja dolo na conduta do agente²⁴, o bem jurídico protegido é a vida do feto ou nascituro, estando o delito previsto na parte do Código Penal (Capítulo I do Título I) que versa sobre os crimes contra a vida²⁵. Conclui-se, pois, que o aborto é a interrupção da gravidez acompanhada da morte do feto, de sorte que se a morte resulta de outra causa (independente), haverá apenas a tentativa de aborto²⁶.

Tendo em vista que a criminalização do aborto é a regra na legislação penal brasileira ora em vigor, resta analisar as exceções hoje autorizadas, apontando-se, uma vez comprovadas as deficiências, possíveis soluções *de lege ferenda*, a fim de adequar tal temática aos novos padrões sociais e científicos. Nessas situações (*lex lata*), o aborto é justificado sob o pálio de que embora a vida do nascituro seja constitucionalmente protegida, o que é deveras importante, a essa proteção não pode ser

²³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 269-270.

²⁴ O aborto preterintencional e bem assim a simples provocação da aceleração do parto, serão punidos, respectivamente, como lesão corporal gravíssima e grave (art. 129, § 2º, V, e § 1º, IV, CP).

²⁵ O Código Civil brasileiro, de seu turno, afirma que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, *mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro* (art. 2º).²⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários...*, op. cit., p. 300-301.

²⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários...*, op. cit., p. 300-301.

imprimida a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida e à dignidade das pessoas humanas já nascidas, tratando-se de uma escolha eminentemente de política criminal. Diante disso, numa ponderação de valores entre a vida do nascituro e a vida da gestante, privilegia-se a desta última. Mas somente em casos graves e sempre que não haja risco de piores consequências para a mulher é que se torna aconselhável e legítimo esse tipo de aborto.

Quanto ao aborto sentimental ou humanitário, segunda previsão vertida expressamente no Código Penal, mesmo muitas das vozes refratárias à legalização do ato dirão que nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade que desde a sua origem se revela odiosa e que, como realça Nelson Hungria, se sinta compelida a dar “a vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida”²⁷. Ainda assim, consoante demonstrado na introdução deste trabalho, há pensamentos dissonantes, segundo os quais a origem criminosa de uma vida não pode legitimar, do ponto de vista ético, a sua destruição²⁸. Nesse sentido, caberia ao Estado fornecer condições mínimas para que a gestante, vítima do crime de estupro, mantenha a gravidez, providenciando, logo em seguida ao parto, o devido encaminhamento do recém-nascido para abrigos ou locais outros onde permaneceria até ulterior adoção. Parte-se, ao nosso sentir, de uma visão claramente equivocada acerca da autonomia da mulher, cujo ventre jamais deveria ser considerado um mero receptáculo de outra vida – a ser mantida em toda e qualquer circunstância – durante o inapelavelmente obrigatório período gestacional²⁹.

²⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários...*, op. cit., p. 312.

²⁸ A bem da verdade, não se pode negar que o conjunto das críticas sobre o aborto exterioriza basicamente os parâmetros valorativos da nossa sociedade sobre o papel social e político (de subalternidade) que ela atribui as mulheres. Para críticas a esse pensamento, consulte-se, especialmente: ARDAILLON, Danielle. O lugar do íntimo na cidadania de corpo inteiro. In: *Estudos Feministas*, vol. 5, n. 2, p. 376-388, 1997.

²⁹ Esquecem, os partidários desse pensamento, todavia, que a vítima do

Ainda em relação ao *aborto humanitário* (CP, art. 128, II), talvez a mais polêmica forma de autorização do ordenamento jurídico para a interrupção da vida intrauterina, e que além da exigência de ser praticado pelo médico, deve ser precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, pelo menos duas observações devem ser feitas: *primeiro*, a norma penal não exige autorização judicial para a prática do ato, de sorte que o profissional da área médica está livre para realizar o procedimento independentemente até mesmo da existência de boletim de ocorrência ou de inquérito policial em desfavor do autor do crime, para quem, por óbvio, igualmente não há que se exigir a condenação criminal. Entender diferente, seria ampliar a literalidade do dispositivo penal de modo a produzir efeitos *in malam partem*, o que como cediço é vedado. Daí que não é compatível com a legalidade, na vertente da taxatividade do tipo penal, a norma técnica do Ministério da Saúde que recomenda limitar o ingresso para atendimento ao aborto previsto em lei com 20 semanas de idade gestacional ou, quando disponível, com predição de peso fetal menor que 500 gramas³⁰, muito menos a Portaria nº 2.282/2020, também do Ministério da Saúde, a qual, ao trazer um detalhado procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, mina o já reduzido poder de autodeterminação da mulher³¹.

estupro poderá, além disso, amargar os efeitos das chamadas *vitimizações secundária e terciária*, que vêm, respectivamente, da falta de amparo dos órgãos públicos (Estado) e da ausência de receptividade social em relação as vítimas de crimes, nomeadamente os de natureza sexual. Para uma análise mais detalhada dos processos de vitimização, confira-se: BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 103-109; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110-117.

³⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica*. 3. ed. atual. e ampl., 1. reimpr. Brasília: Ministério da Saúde, 2012, p. 76 e 81.

³¹ Dentre outras coisas, a portaria diz que: 1) é obrigatória a notificação à autoridade policial pelo médico, demais profissionais de saúde ou responsáveis pelo

O *segundo ponto* que merece destaque diz com a natureza jurídico-penal do consentimento. Ora, se por um lado parece indubitado que o consentimento da gestante³² exclui a tipicidade de possíveis lesões que o ato abortivo praticado pelo médico venha a lhe acarretar, do outro não se nega as dissensões doutrinárias quanto à lesão à vida do nascituro, que é o bem jurídico protegido e cuja titularidade não é da gestante. Alguns entendem que exclui a tipicidade, por inocorrência da valoração social negativa que autorizaria a imputação objetiva³³. Outros sustentam a exclusão da ilicitude, tratando-se, pois, de uma conduta justificada³⁴. Por fim, seguindo-se uma terceira via, poder-

estabelecimento de saúde que acolheram a paciente dos casos em que houver indícios ou confirmação do crime de estupro, com o fim de preservar possíveis evidências materiais do crime (art. 1º); 2) para o procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez em caso de estupro, a mulher deverá fazer um relato sobre a violência sofrida, com informações sobre local, dia e hora do fato, descrição do agressor e indicação de testemunhas, quando houver (art. 3º); 3) depois disso, será submetida a exame físico, que incluirá ultrassonografia para visualização do embrião ou feto, se a gestante desejar (art. 8º). Insta salientar que o Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde (IBROSS) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF) para questionar a constitucionalidade da portaria em tela (ADI 6552), rel. min. Ricardo Lewandowski.

³² Conforme magistério de Francisco de Assis Toledo, são requisitos do consentimento justificante: a) que o ofendido tenha manifestado sua aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; b) que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto; c) que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente; d) que o fato típico penal realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto de consentimento pelo ofendido. Veja-se: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 215. Em sentido parecido, remetendo a autorresponsabilidade do consenciente, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 290. É importante destacar que a invalidade do consentimento, ocasionada pela ausência dos seus requisitos, levará a que o terceiro interveniente responda pelo crime de *aborto sem o consentimento da gestante*, cuja pena é mais grave (art. 125, CP).

³³ GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte especial, crimes contra a pessoa. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 142.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7.ª ed., rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 570. Assim também, PIERANGELLI, José

se-ia até vislumbrar em tal situação uma causa excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Em todo caso, o crime deixará de existir, e isso vale tanto para o médico que pratica o aborto quanto para a gestante que o consente, ressaltando-se, a depender da situação concreta, a possibilidade de punição do autor do estupro também pelo crime de aborto, em cúmulo material, pois afinal ele foi o terceiro provocador do resultado a partir do seu comportamento anterior (art. 125 c/c art. 13, § 2º, “c”, ambos do CP).

Do nosso ponto de vista, embora expressamente autorizado em lei, o que numa primeira mirada induziria a entendê-lo como uma causa de justificação, excludente da antijuridicidade, o consentimento da gestante vítima de estupro para a eliminação do bem jurídico *prima facie* protegido pelo direito penal (vida do feto), bem esse, repita-se, que não é de sua titularidade, configura, em verdade, uma causa obstativa do juízo de tipicidade da conduta – tanto da gestante quanto de todos aqueles que, direta ou indiretamente, intervenham na perfectibilização do aborto em tais circunstâncias – por ausência de imputação ao tipo objetivo³⁵.

4 AS ADPFS 54 E 442: AMPLIAÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE ABORTO PELA VIA JUDICIAL

Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 92 et seq.

³⁵ Em direção contrária, aventando a incidência da excludente do exercício regular de um direito, consulte-se: BRANDÃO, Cláudio. *Trajatória dogmática...*, op. cit., p. 71. A respeito do consentimento do ofendido como causa excludente de um ou outro elemento do crime, Juarez Cirino pondera: “Na prática, não há diferença entre efeito destipificante e efeito justificante do consentimento real porque o fundamento jurídico necessário para destipificar é o mesmo exigido para justificar a ação, e porque a consequência jurídica da exclusão do tipo é idêntica à da exclusão da antijuridicidade. Mas, além dos argumentos teóricos, a própria economia dogmática aconselha atribuir ao consentimento real efeito excludente da tipicidade, embora nada impeça atribuir-lhe efeito de exclusão da antijuridicidade, como causa supralegal de justificação”. Confira-se: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 261.

No ano de 2012 o plenário do STF julgou o mérito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, oportunidade em que, a par de uma interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), introduziu na ordem jurídica nacional uma nova modalidade de aborto autorizado (descriminalização da interrupção da gestação), qual seja a de fetos anencéfalos, que, como demonstrado por inúmeros especialistas nas audiências públicas realizadas no próprio tribunal, são incompatíveis com a vida extrauterina, pois por defeito de formação não desfrutam de nenhuma função superior do sistema nervoso central³⁶. Pela importância, segue reprodução da ementa do paradigmático julgado:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal³⁷.

Em seu voto, o relator da ação, min. Marco Aurélio, destacou logo de início que o tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente,

³⁶ Nesse sentido, merece destaque o trabalho de David Shewmon (SHEWMON, David A. *Anencephaly: selected medical aspects*. New York: Hasting Cent Rep., 1988), também mencionado no voto do relator. Para Paulo Busato, quem defende que as hipóteses legais de autorização de aborto configuram causas de justificação, o aborto de feto anencéfalo, que segundo a ciência não possui *vida* (bem jurídico protegido pela norma penal), seria em verdade um fato materialmente atípico, independentemente da decisão do Supremo. Se assim não for, que se o considere, ainda aduz o autor, uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade. Consulte-se: BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 16, p. 127-146, 2004.

³⁷ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 08 set. 2020.

os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres, realçando, nessa linha argumentativa, que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coaduna com a Constituição Federal de 1988, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico (art. 19, inc. I) e a proteção da autonomia, da liberdade e da privacidade etc. (arts. 1º, inc. III, 5º, caput e incs. II, III e X, e 6º, *caput*, CF), caso em que, se realmente existisse, a vida do feto cederia, em juízo de ponderação, em prol desses outros direitos³⁸. Nesse sentido, a crença de que é moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos não pode, só por só, conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar gravidez que tal até o fim.

Veja-se que o debate dessa temática no âmbito do Poder Judiciário de certo modo induziu o surgimento na sociedade de uma desnecessária polarização entre os que, pautados em argumentos meramente retóricos, pouco racionais ou fundamentados, de um lado se autodeclaravam “pró-vida”, e os que do outro passaram a ser pejorativamente taxados, pelos primeiros, de

³⁸ Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020. Para Claus Roxin, “se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar um homem, e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas através de ponderações”. Partindo dessa premissa, o penalista alemão fala de um “caminho intermediário”, a ser encontrado em dois modelos de solução comumente existentes nos ordenamentos jurídicos: 1) a “solução de indicações” (o aborto em princípio é punível, mas se justifica em determinados casos); e 2) a “solução de prazo” (pode-se, dentro de determinado prazo, a desejo da mãe, interromper a gravidez, sem que se decline os motivos para tanto). Na solução intermediária, a gestante que optar pelo aborto nos três primeiros meses de gestação, passará por um “processo de aconselhamento” antes de fazê-lo. Confira-se: ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do direito penal*. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

“abortistas”³⁹, ou seja, contra a vida, confundindo-se, nesse contexto de acirramento público, a defesa da descriminalização do aborto em hipótese desse jaez com a defesa do aborto em si, o que são realidades totalmente diferentes.

Alguns anos após esse marcante julgado, irrompeu no Supremo novo debate acerca da interrupção da gravidez, de forma voluntária e até o terceiro mês de gestação, nos moldes em que adotado por muitos países ao redor do mundo, conforme veremos adiante. A relevante questão pode ser dividida em dois momentos: 1) julgamento pela 1ª Turma do STF do Habeas Corpus nº 124.306-RJ, em 2016; e 2) subsequente interposição pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) da ADPF 442 (2017), ainda pendente de julgamento.

No que concerne ao HC 124.306-RJ, tem-se que o órgão fracionário da corte, em controle difuso de constitucionalidade, por maioria (3 votos a 2) reconheceu a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal de aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Em seu voto-vista, condutor da decisão, o min. Roberto Barroso assentou a necessidade de se conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 a 126 do Código Penal para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, uma vez que a criminalização, nessa hipótese, viola olímpicamente diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade, sendo os seguintes os direitos fundamentais atingidos: 1) os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; 2) a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; 3) a

³⁹ A respeito dessa discussão, defendendo a construção de espaços múltiplos para a realização racional do debate em torno do tema, que não pode ser transformado em uma questão simples, cf. RIBEIRO, Flávia Regina Guedes. Aborto por anencefalia na mídia brasileira: análise retórica do debate entre as posições “pró-escolha” e “pró-vida”. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n° 7. Brasília, jan.- abr. de 2012, pp. 83-114.

integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e 4) 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 matéria⁴⁰.

Com efeito, embora sem poder vinculante, trata-se de um importante precedente da Suprema Corte brasileira, o qual, inclusive, deu azo a um maior aprofundamento do debate, tanto no próprio STF, com o ajuizamento da ADPF 442-DF, rel. min. Rosa Weber, quanto no parlamento, em face da inserção de novos elementos na proposta de emenda constitucional 181/15, consoante se destacará no próximo item deste trabalho. Na ADPF 442, interposta no ano de 2017, sustenta-se que os arts. 124 e 126 do Código Penal afrontam postulados fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos, pretendendo que o STF exclua, agora com eficácia *erga omnes*, do raio de abrangência dos dois mencionados dispositivos incriminadores, a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, assegurando-se, por esse prisma, às mulheres, a eficácia do direito fundamental à autonomia, que decorre de todos os mencionados preceitos.

A tese central defendida na ADPF é a de que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo CP de 1940 não mais se sustentam na atual quadra histórica,

⁴⁰ Em relação à discriminação social e ao impacto desproporcional que a criminalização causa sobre mulheres pobres, colhe-se o seguinte trecho: “Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito”. Confira-se inteiro teor do emblemático voto-vista em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.

ressaltando, a propósito, a laicidade da democracia constitucional brasileira, em virtude da qual deve prevalecer a garantia da liberdade de consciência e crença no marco do pluralismo razoável, sem doutrinação religiosa oficial. Para o autor da ação, o uso do poder coercitivo do Estado para criminalizar o aborto torna a gravidez um dever, comprometendo, *eo ipso*, a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres. Além disso, afeta de maneira desproporcional mulheres negras, indígenas, pobres e de baixa escolaridade, que vivem distante de centros urbanos, onde os métodos para a realização de um aborto são mais inseguros do que aqueles utilizados por mulheres com maior acesso à informação e poder econômico, o que também afronta o princípio constitucional da não discriminação. Aponta-se, ademais, violação ao direito à saúde, à integridade física e psicológica das mulheres e o direito à vida e à segurança, por relegar mulheres à clandestinidade de procedimentos abortivos ilegais e inseguros, que comprovadamente causam mortes evitáveis e danos à saúde física e mental. Por fim, a legenda cita como precedentes relacionados diretamente ao tema vergastado: 1) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, julgada em 2008, na qual a Corte liberou pesquisas com células-tronco embrionárias; 2) a ADPF 54 (2012), que como ponderado no início garantiu às gestantes de fetos anencefálicos o direito à interrupção da gestação; e 3) o HC 124306 (2016), em que a Primeira Turma afastou a prisão preventiva de acusados da prática de aborto, considerando, naquelas circunstâncias, inconstitucional a criminalização da conduta⁴¹.

Não há dúvida de que a questão fundamental debatida em todos esses processos, qual seja o reconhecimento da autonomia da mulher, encontra amparo no texto constitucional⁴². É claro

⁴¹ Ver íntegra da inicial em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020. Cf., igualmente, informações detalhadas no portal do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>. Acesso em: 09 set. 2020.

⁴² Valem, nesse diapasão, as lições de Ronald Dworkin, para quem a mulher

que do outro lado há uma vida a ser preservada e aqui não se pretende, de forma alguma, alçar uma bandeira em favor do abortamento como medida contraceptiva a ser utilizada contra uma gravidez indesejada. Ao contrário, defender a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação, seguida da obrigatoriedade de assistência social e informativa, assim como de acompanhamento médico e psicológico à gestante que manifeste o desejo inequívoco de interromper a sua gravidez, em consonância com as melhores práticas internacionais, é, acima de tudo, uma postura em favor da vida, aí incluída a da própria gestante, pelo que alinha-se à busca de asseguarção mínima do postulado da isonomia material, proporcionando dignidade principalmente às gestantes pobres, não raro esquecidas e desamparadas.

Por essas razões, nos parece que essa é uma problemática que seria melhor tratada pela lente da saúde pública e não do direito penal, que por sinal não tem cumprido nesse tocante o efeito preventivo.

5 DIREITO COMPARADO E A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL (PEC) Nº 181/15: TENTATIVA DE

tem o direito constitucional de controlar o uso de seu próprio corpo (nesse ponto a constituição norte-americana não difere da brasileira), de maneira que a *mulher grávida* terá o direito de fazer um aborto, a menos que haja uma razão estatal legítima e importante para proibi-lo. Veja-se: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 136. Uma razão aceitável poderia ser a viabilidade extrauterina do feto (indicação da existência de vida formada), o que não ocorre até o terceiro mês de gestação. Dworkin, no entanto, rechaçará para esse debate questões do tipo “o feto é uma pessoa?” e “quando começa a vida humana?”, sugerindo, em seu lugar, que a justificação da legislação antiaborto se pautar no que ele chama de razão derivada (pressupõe os direitos e interesses individuais e deriva deles) ou razão destacada (não deriva dos direitos e interesses dos indivíduos particulares, mas protege o valor intrínseco da vida humana). Confira-se: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, op. cit., p. 137 et seq. Consulte-se também: CADEMARTOR, Luiz Henrique Urquhart. Os direitos fundamentais à vida e autodeterminação frente ao problema do aborto: o enfoque constitucional de Ronald Dworkin. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas* – Ano VIII – nº 11 – nov. 2008, p. 211-224.

ELIMINAÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE ABORTO PELA VIA LEGISLATIVA NO BRASIL

Conforme visto até aqui, vem se consolidando no âmbito do STF uma forte tendência no sentido da ampliação das hipóteses de descriminalização do aborto, o que tem sido bastante questionado pelos setores mais conservadores da sociedade⁴³, assim como não deixa de ser um posicionamento objurgado por algumas vozes do mundo jurídico, sob o pálio de que o tribunal não detém a mesma legitimidade do parlamento para tratar de assunto desta magnitude, máxime porque vinculado diretamente ao direito à vida⁴⁴. Por esse prisma, não poderia o Poder Judiciário, transpondo os umbrais do ativismo judicial permitido, se imiscuir nas problemáticas de cunho penal que envolvem o

⁴³ Isso aconteceu nos EUA quanto a decisão que a Suprema Corte tomou em 1973 no caso *Roe vs. Wade*. Como ressaltou Dworkin, depois dessa decisão os grupos antiaborto e os conservadores em geral, com o fim de revertê-la, “propuseram, sem sucesso, uma série de emendas constitucionais, patrocinaram projetos de lei derrotados pedindo que o Congresso declarasse que a vida do feto começa no momento da concepção, convenceram o presidente Reagan a nomear para os tribunais federais juízes contrários ao aborto, moveram campanhas políticas inteiras – estruturadas em torno desse único assunto – contra candidatos que apoiam o direito ao aborto e depredaram e bombardearam clínicas de aborto”. Veja-se: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, op. cit., p. 67.

⁴⁴ Ver, nesse particular, o voto do min. Ricardo Lewandowski, proferido na ADPF 54, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020. Pela relevância, importa transcrever o seguinte trecho do bem fundamentado voto: “(...) caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados”. Sobre o tema, ver também: ROSÁRIO, Luana; OLIVEIRA, Bianca; OLIVEIRA, João Mateus. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54: uma análise à luz da fenomenologia hermenêutica e do ativismo judicial. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 30, 2019, p. 83-108.

aborto, pois se o legislador resolveu criminalizar a conduta e, além disso, manter tal criminalização ao longo do tempo, essa é uma decisão política que deverá ser respeitada, por força inclusive do princípio da separação de poderes, insculpido no art. 2º da CF/88.

De fato, essa é uma temática de todo palpitante, sendo que não apenas no Brasil, mas também em vários outros países democráticos, abriu-se a polêmica da intervenção do Judiciário, notadamente diante da inércia – deliberada ou não – do Legislativo em legalizar o aborto praticado até o terceiro mês de gestação, sem que isso signifique, ao contrário do que em um primeiro momento possa sugerir, um incentivo à prática abortiva. Nos Estados Unidos, como já dito, a Suprema Corte julgou em 1973 o famoso caso “Roe v. Wade”, ocasião em que declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava a prática do aborto, a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante, estabelecendo, dentre outros, o parâmetro de que no primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico⁴⁵.

Ao comentar essa decisão, Dworkin acentua que antes dela o número de mortes nos EUA era muito maior: havia 40 por cento a mais de mortes relacionadas ao aborto, sendo que quem mais sofria eram as mulheres negras⁴⁶. Do ponto de vista jurídico, essa é uma questão que para Dworkin deverá ser tratada à luz da constituição, pela Corte Suprema, reconhecendo-se como melhor interpretação aquela que não garante ao feto os mesmos direitos que garante a outras pessoas (os já nascidos), vale dizer, o feto não é uma “pessoa constitucional” até que nasça⁴⁷. É

⁴⁵ A esse respeito, cf. SARMENTO, Daniel. *Legalização...*, op. cit., p. 46 et seq.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, op. cit., p. 70.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, op. cit., p. 71 et seq. Assim também, consulte-se: DWORKIN, Ronald. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York: Vintage Books, 1994, p. 102 et.

indispensável sublinhar, todavia, que embora o feto não seja uma pessoa no sentido da plena proteção constitucional, ele é uma entidade dotada de considerável importância moral e emocional, de sorte que as legislações podem reconhecer e tentar proteger essa importância, sem contudo reduzir de modo substancial o direito constitucional da mulher sobre o uso livre de seu próprio corpo⁴⁸. Nessa linha, Dworkin ressalta que o interesse do Estado pela importância moral do feto “aumenta com o desenvolvimento da gravidez e torna-se particularmente intenso depois do momento em que o feto é capaz de sobreviver fora do útero, quando já tem o aspecto de um bebê plenamente formado”⁴⁹. A partir desse ponto, há que se entender como possível a proibição do aborto sem que se imponha maiores sacrifícios aos direitos constitucionais da mulher.

Seguindo no direito comparado, vê-se que importantes democracias constitucionais, respeitadas as especificidades de cada uma delas, adotam fórmulas de descriminalização ou legalização do aborto, algumas das quais semelhantes às previstas na ordem jurídica brasileira⁵⁰. Na França, a iniciativa de legalizar o aborto partiu do legislador e não do Judiciário. Na Itália, em 1975 a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade da norma penal daquele país que punia o aborto sem excetuar a hipótese em que sua realização implicasse em dano ou risco à saúde da gestante. A Alemanha, de sua vez, editou uma lei em 1974 descriminalizando o aborto praticado por médico, a pedido da mulher, nas doze primeiras semanas de gestação. Em Portugal, o Tribunal Constitucional reconheceu, no acórdão 25/84, a legitimidade constitucional da lei que permitia o aborto em circunstâncias específicas. A Espanha aprovou em 1985 projeto de

seq.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, op. cit., p. 86-87.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, op. cit., p. 87.

⁵⁰ A análise que se segue, a exceção do caso argentino, baseia-se no excelente trabalho do professor Daniel Sarmento: SARMENTO, Daniel. *Legalização...*, op. cit., p. 49-58.

lei alterando o Código Penal, em que se passou a permitir às gestantes a realização do abortamento em casos de risco grave para a sua vida ou saúde física ou psíquica, em qualquer momento etc. No Canadá, a Suprema Corte reconheceu em 1988 que as mulheres possuem o direito fundamental à realização do aborto⁵¹. A Argentina, país onde a religião tem ampla penetração no debate público⁵², e que em 2018 rejeitou o polêmico projeto de lei que previa a legalização do aborto até a 14ª semana de gestação, traz as seguintes hipóteses permissivas do aborto: perigo para a vida da mulher; perigo para a saúde da mulher; quando a gravidez seja produto de um estupro; e quando a gravidez seja produto do atentado ao pudor sobre mulher idiota ou demente, caso em que o consentimento de seu representante legal deverá ser requerido para o aborto⁵³.

O que se observa, em todos esses países, é que entre avanços e retrocessos quanto à temática aqui versada, não raro há a interveniência das Cortes Constitucionais com o fim de equacionar os direitos em conflito, em determinados casos cumprindo até mesmo o controverso papel de legislador positivo, ao criar novas hipóteses de abortamento a princípio não queridas ou implementadas pelo Poder Legislativo. É bom frisar que descriminalização e legalização do aborto (desde que com o consentimento da gestante) são situações diversas. A legalização, que pressupõe a descriminalização, vai além, permitindo que o Estado forneça todos os meios necessários para que a gestante

⁵¹ Merece menção, outrossim, sobre o assunto “aborto e legislação comparada”, o trabalho de José Henrique Torres, no qual o autor faz todo um panorama normativo do enfrentamento jurídico do delicado tema na União Europeia e na América Latina (Cuba, Chile, Honduras, Costa Rica, Uruguai, Equador, México etc.): TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. *Ciência e Cultura*, vol. 64, nº 2, São Paulo, abr./jun. 2012, p. 40-44.

⁵² Nos EUA a situação não é diversa, como Dworkin fez questão de acentuar. Veja-se: DWORKIN, Ronald. *Life's dominion...*, op. cit., p. 35 et. seq.

⁵³ DROVETTA, Raquel Irene. O aborto na Argentina: implicações do acesso à prática da interrupção voluntária da gravidez. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 7. Brasília, jan.- abr. de 2012, p. 120.

realize o procedimento⁵⁴. Em suma, garante à mulher grávida, como se deu no caso *Roe vs. Wade*, o direito constitucional à privacidade em questões de procriação, nele incluído o direito ao aborto.

Paralelamente ao que vem ocorrendo em outros países em termos de legalização do aborto, à aparente guinada jurisprudencial no âmbito do STF (HC 124.306-RJ) e ao debate encetado no tribunal a partir da ADPF 442, todavia, avança no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 181/15, na qual estranhamente⁵⁵ foi incluído dispositivo que defende “a dignidade da pessoa humana desde a sua concepção”⁵⁶, produzindo alterações nos art. 1º, III, e 5º, *caput*, da CF/88, o que do ponto de vista prático poderá inviabilizar toda e qualquer forma de aborto, dada a supremacia da Constituição da República frente às demais leis⁵⁷.

Assim, se de uma parte há hoje no Brasil três modalidades abortivas distintas autorizadas (aborto necessário, aborto no caso de gravidez resultante de estupro e aborto de fetos

⁵⁴ O aborto, quando legalizado, poderá ser realizado de forma voluntária, não se impondo, via de regra, maiores exigências, exceto a observância do tempo de gestação, que é o limite de consideração da viabilidade extrauterina do feto (formação do córtex cerebral).

⁵⁵ Isto porque o objeto original dessa PEC consiste em “alterar o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal para dispor sobre a licença-maternidade em caso de parto prematuro”. Confira-se informações em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>. Acesso em: 27 ago. 2020.

⁵⁶ Consulte-se parecer do relator na Câmara dos Deputados, Dep. Jorge Tadeu Mudalen, em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1586817&filename=Parecer-PEC18115-16-08-2017. Acesso em: 27 ago. 2020. Na mesma linha, cf. o Projeto de Lei nº 478/2007, que dispõe sobre o estatuto do nascituro. Inteiro teor disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso em 10 set. 2020.

⁵⁷ *A supremacia da Constituição* revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, cuja estrutura é escalonada, de sorte que ela é o fundamento de validade de todas as demais normas, tanto que nenhuma lei ou ato normativo poderá manter-se validamente se estiver em desacordo com a Constituição. Nessa direção, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

anencéfalos⁵⁸), com a possibilidade de inserção no ordenamento jurídico pátrio de uma quarta modalidade, qual seja o aborto voluntário até o terceiro mês de gestação, a depender do que será decidido pelo Supremo em relação a ADPF 442, de outra banda se verifica o aparecimento de reclamos sociais em prol do que se chama de “defesa intransigente do direito à vida”, sentimento esse, como visto, já ressoado no Congresso Nacional.

A pretendida modificação do texto constitucional para de forma bastante radical proibir, em que pese indiretamente, todo e qualquer tipo de aborto, indubitavelmente calca-se em pretensões de cunho moralista, em grande medida influenciadas por dogmas religiosos⁵⁹, formando-se um caudaloso discurso in-fenso à autonomia da mulher, mas ao qual o Direito não pode se dobrar, sob pena de a própria sociedade vir a pagar um elevado (e indesejado) preço no futuro.

6 CRÍTICAS ÀS CRÍTICAS ÀS HIPÓTESES DE DESCRIMINALIZAÇÃO E À LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

⁵⁸ Embora o chamado “aborto eugênico”, destinado a eliminar fetos considerados deficientes, seja proibido no Brasil, em setembro de 2016 a Procuradoria-Geral da República encaminhou ao STF um parecer favorável à interrupção da gravidez em casos de microcefalia (doença ocasionada por contaminação pelo zika vírus e que compromete a formação do cérebro), se a gestante assim o desejar, tese essa próxima da inexigibilidade de conduta diversa, em que se preserva a autonomia da mulher em não levar adiante uma gravidez que resultará em uma vida deficitária, apesar de viável, como o é a do feto microcéfalo. Nesse sentido, consulte-se: MARTINELLI, João Paulo Orsini et al. *Direito penal lições fundamentais*: parte especial, crimes contra a pessoa, v. 2. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 327-328. Trata-se da ADI 5.581, rel. min. Cármen Lúcia, que teve a sua discussão prejudicada por ilegitimidade da parte autora, como reconhecido pelo plenário virtual do STF em abril/2020.

⁵⁹ Para uma percutiente análise da influência dos fundamentos religiosos na condenação do aborto, mesmo diante da laicidade do Estado, cf. MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. *Cadernos Pagu*, nº 50, Campinas, 2017, p. 1-48. Ver, ainda, sobre a questão religiosa em relação ao abortamento de fetos anencéfalos: DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, Volume 9, n. 4, 2012, p. 201-227.

Mencionou-se, no introito, e também em outras partes deste trabalho, que mesmo em se tratando das excepcionais situações expressamente autorizadas pela lei ou, quando não, pelas cortes constitucionais, dada a dignidade constitucional de que a matéria se reveste, o aborto insiste em despertar inúmeras controvérsias sociais, políticas e jurídicas⁶⁰, sendo o ponto arquimédico de todas elas o direito à vida, mais precisamente a do embrião ou feto, a despeito de não haver consenso científico sobre quando a vida do ponto de vista biológico-celular efetivamente começa⁶¹.

⁶⁰ Uma análise das dimensões antropológicas do aborto revela que uma das suas propriedades consiste em ser, geralmente, objeto de uma reprovação, pautada em juízos apriorísticos de indignação acerca desse ato “vergonhoso” ou “horrível”. Apesar disso, há espaços de tolerância, e isso se justifica na medida em que, malgrado seja criminalizada em muitas legislações, dificilmente a prática do aborto é punida, até porque os casos via de regra não são investigados. É como se houvesse uma aceitação tácita as práticas que são expressamente condenadas pela sociedade como “cruéis” (o aborto é oficialmente condenado e oficiosamente tolerado). Nessa direção, cf. BOLTANSKI, Luc. As dimensões antropológicas do aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 7, Brasília, jan.- abr. de 2012, p. 210 et. seq. Daí a premente necessidade de trabalhar esse tema com clareza e sem qualquer preconceito, retirando definitivamente a mulher da condição de marginalidade imposta pela indevida criminalização do aborto.

⁶¹ Não se sabe ao certo quando a vida humana inicia: a partir da concepção, com o encontro entre espermatozoide e óvulo? Após a terceiro mês de gestação, com a formação definitiva do sistema nervoso central? Queira ou não, essas são questões ainda em aberto, mas que vieram à baila com bastante ênfase no ano de 2008 quando do julgamento da ADI 3510, que resultou na liberação pelo STF das pesquisas com células-tronco embrionárias, nos termos da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), declarada constitucional. Com efeito, tem-se basicamente três teorias: a da fecundação (ou formação do genótipo), a da nidação e a da formação rudimentar do sistema nervoso central. Sem adentrar mais profundamente ao aspecto científico, o que pelo recorte aqui proposto demandaria uma outra discussão, o presente trabalho se filia a essa última teoria, por entender que ela melhor se coaduna com a defesa dos direitos reprodutivos da mulher. Junte-se a isso o fato de que essa é uma temática em que o aspecto político-criminal avulta incontestemente, basta relembrar das hipóteses legislativas de aborto permitido (art. 128, incs. I e II, CP), das quais se deduzem inexistir preocupação com a vida do embrião ou feto naqueles casos, pois a lei não estabelece um prazo limite para a interrupção da gravidez. Para maiores considerações no tocante ao aspecto jurídico-científico, consulte-se: MEIRELLES, Jussara Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Sobre os conteúdos axiológicos das múltiplas visões acerca do fenômeno da origem da vida,

Nessa dinâmica, consoante igualmente reiterado em outras oportunidades, por vezes os direitos fundamentais da mulher (vida, saúde, dignidade, privacidade, autonomia, etc.⁶²) são esquecidos ou propositadamente desconsiderados, o que demonstra, no ponto, a deletéria contaminação do debate por um moralismo forjado basicamente na perspectiva masculina, sem contar a enorme influência do aspecto religioso, sendo essa uma problemática que rasga horizontes, não se restringindo, portanto, ao território brasileiro. Do ponto de vista estritamente jurídico, porém, há também quem diga que a lei brasileira, ao atribuir a personalidade ao concebido, denominando-o expressamente de *persona* (art. 1.798, CC), adotou a *teoria concepcionista* da aquisição da personalidade⁶³, segundo a qual a mera concepção gera um direito à vida e de nascer, sendo essa, por exemplo, uma pretensa justificativa, por exemplo, para a imposição de limites ao aproveitamento de células-tronco embrionárias inviáveis ou antigas e, mais ainda, para a manutenção da penalização do aborto, argumento que não merece prosperar.

Feito o diagnóstico geral, uma análise específica do caso brasileiro demonstra que a legislação penal ora em vigor é anacrônica, não havendo esperanças de que em um futuro próximo o parlamento atente para mudanças mais profundas no rumo da descriminalização e da legalização do aborto, como de resto tem ocorrido com sucesso em vários países. Ao contrário, tal qual

entendendo-se o discurso científico como discurso moral, veja-se: ALMEIDA, Rogério Miranda de et al. A polêmica do início da vida: uma questão de perspectiva de interpretação. *Revista Pistis & Praxis*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 113-124, 2010.

⁶² Veja-se, por exemplo, a Declaração de Viena de 1993, segundo a qual: “Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional” (item 18).

⁶³ Nesse sentido, cf. SZANIAWSKI, Elimar. O embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, v. 46, 2007, p. 166.

visto no item anterior, há uma forte tendência de alterar a legislação pátria no sentido oposto ao esperado, partindo-se de questionáveis mudanças na Constituição Federal⁶⁴. Diante desse quadro, o presente trabalho assume a postura de defesa dos direitos das mulheres, sem desprezar, por óbvio, os legítimos interesses do nascituro – que a própria lei houve por bem reconhecer –, na expectativa de que também no Brasil a legalização do abortamento voluntário trará segurança e vida para muitas gestantes e fetos⁶⁵.

Isto porque o aborto, ao nosso sentir, deve ser encarado como uma questão de saúde pública, aproximando-se o máximo possível da desejada justiça social, e não como um problema a ser solucionado com o uso do direito penal, que nas acertadas palavras de Claus Roxin é a *ultima ratio* do sistema de política social, pois só deve intervir quando falharem os outros meios jurídicos de solução social dos conflitos (missão subsidiária)⁶⁶. Veja-se, nesse diapasão, que pesquisa realizada em 2006 pelo

⁶⁴ Para uma detalhada investigação da discussão da descriminalização do aborto no parlamento brasileiro, consulte-se: SANTOS, Rayani Mariano dos. *O debate parlamentar sobre aborto no Brasil: atores, posições e argumentos*. Dissertação apresentada ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (Unb). Brasília: Instituto de Ciência Política, 2015. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18171/1/2015_RayaniMarianoSantos.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

⁶⁵ Vale destacar que o limite aqui defendido é até o terceiro mês de gestação. Também é importante frisar que o aborto provocado no Brasil pode ser considerado como inseguro e figura na lista das principais causas de mortalidade materna no país e isso se dá em grande parte devido à sua criminalização. Nesse sentido, cf. VIEIRA, Elizabeth Meloni. A questão do aborto no Brasil. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, Rio de Janeiro, vol. 32, n. 3, p. 103-4, mar. 2010; EMMERICK, Rulian. *Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Dep. de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da PUC, 2007, p. 112 et. seq. Em defesa do aborto, sob o color de que o direito à vida não servirá para os oponentes ao aborto da maneira tão simples e clara como eles parecem pensar que serviria, confira-se: THOMSON, Judith Jarvis. Uma defesa do aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 7. Brasília, jan.- abr. de 2012, pp. 145-164.

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

Ministério da Saúde em parceria com o Ipas Brasil (organização não governamental de proteção à saúde sexual e reprodutiva das mulheres com foco no aborto)⁶⁷, constatou que no Brasil para cada três nascidos vivos há um aborto induzido, sem contar as disparidades regionais na incidência dessa prática (as Regiões Norte e Nordeste registram as taxas mais altas), sendo que as mulheres pretas e pardas estão expostas a uma proporção maior de óbitos. Um dos comentários finais da pesquisa do Ipas aponta que a criminalização do aborto tem contribuído para o aumento de práticas abortivas inseguras, impactando de forma grave na saúde e vida das mulheres. Pesquisa nacional de aborto de 2016 (PNA) mostrou que o aborto é um fenômeno frequente e persistente entre as mulheres de todas as classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e religiões⁶⁸. De outra banda, estudos comprovam que, em países onde o aborto é legal, as taxas de sua prática tiveram queda: na Europa Ocidental o número de abortos inseguros é próximo de zero enquanto que na América do Sul, ao revés, há uma estimativa de três milhões⁶⁹.

Dúvidas não há, pois, de que o tipo penal não cumpre a contento a função de prevenção geral, seja a positiva seja a negativa. Primeiro porque, mesmo havendo a criminalização, o aborto não deixa de ocorrer em todo o país, sendo, conforme já salientado, cada vez mais frequente a sua prática, que ordinariamente se afigura bem mais prejudicial às mulheres pobres⁷⁰.

⁶⁷ BRASIL. *Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008, p. 8 et. seq.

⁶⁸ Nesse sentido, cf. DINIZ, Debora; Medeiros, Marcelo; MADEIRO, ALBERTO. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, p. 653-660, 2017.

⁶⁹ A esse respeito, cf. SANTOS, Camila Simões; SILVEIRA, Lia Marcia Cruz da. Percepções de mulheres que vivenciaram o aborto sobre autonomia do corpo feminino. *Psicologia: Ciência e Profissão*. Abr./jun. 2017, v. 37, nº 2, p. 314.

⁷⁰ Nessa esteira, Zaffaroni pondera que a falta de solução para o conflito gerado pelo aborto é um exemplo que evidencia as contradições e, pois, a ilegitimidade do sistema penal. Confira-se: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. de Vânia Romano Pedrosa et al. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 220.

Segundo porque não existe punição: são diminutos os casos investigados e menor ainda a fração daqueles que recebem o reprovimento estatal. Assim, esse caminho (tutela penal) se mostra ineficaz para a devida proteção do bem jurídico tutelado (vida do feto)⁷¹ e nem mesmo produz a reafirmação da vigência da norma quando da sua violação (dados os abortamentos em massa não investigados e punidos)⁷², características essas legitimadoras do direito penal. Em suma, tem sido inócua no sentido da evitação do fato a criminalização da conduta do aborto, que igualmente não se justificaria, há que se ressaltar, por violar a autonomia ou autodeterminação da mulher.

A característica da subsidiariedade do direito penal remete inequivocamente à noção de eficiência⁷³. Numa análise de custo-benefício (*law and economics*), vale dizer, de eficiência, a punição só se legitimará se não apresentar elevados custos para a sociedade contra ganhos reduzidos. Está claro que a criminalização do aborto no Brasil vem, ao longo dos anos, acarretando fardos sociais insuportáveis.

⁷¹ Roxin sustenta que a missão primordial do direito penal consiste na proteção dos bens jurídicos por meio de prevenção geral ou especial. Consulte-se: ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. de André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 11 et. seq. Assim também: GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 131 et. seq.

⁷² De acordo com Günther Jakobs (JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras et al. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 13-14), não pode considerar-se missão da pena evitar lesões de bens jurídicos, sendo a sua missão, em verdade, reafirmar a vigência da norma. Reconhecendo a noção de prevenção geral como um dos motes do direito penal, portanto da consequência (pena) que ele carrega em repulsa a ataques ao bem jurídico tutelado, Aníbal Bruno (BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 11) anota que “na cominação da pena exprime-se a reprovabilidade que a consciência jurídica faz pesar sobre o fato e reafirma-se a vontade do Estado de assegurar a validade da norma que o proíbe”.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Trad. de Mauricio Antonio R. Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 57.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aborto sempre despertou e continua a despertar as mais ardentes polêmicas em todo o mundo, a despeito de ser uma prática comum e que decorre de razões diversas, algumas mais palatáveis do que as outras. No geral, as razões contrárias ao abortamento escoram-se em questões morais e religiosas, sugerindo uma pretensa necessidade de preservação em caráter absoluto do *dom divino da vida*, indefesa por se tratar de um embrião ou feto. Embora pouco convincentes, verifica-se também a presença de alguns argumentos estritamente jurídicos, como o que evoca o art. 1.798 do CC, aliando a *teoria concepcionista* ao direito à vida constitucionalmente assegurado (CF/88, art. 5º, caput, c/c art. 1º, inc. III). É nesse ambiente que se estriba a postura de criminalização da conduta, em que pese seja comprovadamente ineficiente a utilização do direito penal com seu potencial sancionador para cuidar de uma problemática eminentemente de saúde pública.

A legislação brasileira, se comparada às normas de outros países democráticos e desenvolvidos (v.g.: Alemanha e Portugal), é anacrônica ao insistir na criminalização do aborto como regra, tanto que o STF interferiu algumas vezes, reconhecendo, *ad exempli*, como inconstitucional a penação do aborto de fetos anencéfalos e até o terceiro mês de gestação. O tema da interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre, porém, ainda está em aberto, aguardando, no momento, *ceteris paribus*, o julgamento do mérito da ADPF nº 442-DF. Noutro giro, o parlamento dá sinais de que pretende restringir ainda mais o aborto, talvez inviabilizá-lo por completo, basta ver as discussões encetadas em torno da PEC nº 181/15, não se sabendo, ao certo, que rumo o complexo debate tomará daqui pra frente.

Este trabalho defende a descriminalização e a legalização do aborto como uma forma de reconhecimento da autonomia da mulher. Assim sendo, também se estará a preservar direitos

fundamentais outros atinentes ao gênero feminino, todos de cariz constitucional, como a dignidade, a igualdade, a privacidade, a saúde, a vida, etc. É inaceitável punir a mulher duplamente: *a espada de dâmocles sobre a sua cabeça* (ameaça do direito penal) torna inexorável o recurso à clandestinidade, razão de mortes e lesões físicas e psicológicas graves, que atingem notadamente as mulheres pobres e pouco informadas. A legalização do aborto, que implicará em um consistente apoio do Estado, tem o potencial de gerar uma maior consciência social, além de proporcionar condições seguras para a realização, quando conveniente, do procedimento. Não há uma defesa do aborto em si, mas sim a de que se retire essa questão dos domínios do direito penal. Só assim haverá um adequado e aberto enfrentamento da delicada temática. Punir o aborto, em suma, nomeadamente a gestante que o pratica ou consente, é inconstitucional.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALMEIDA, Rogério Miranda de et al. A polêmica do início da vida: uma questão de perspectiva de interpretação. *Revista Pistis & Praxis*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 113-124, 2010.
- ARDAILLON, Danielle. O lugar do íntimo na cidadania de corpo inteiro. In: *Estudos Feministas*, vol. 5, n. 2, p. 376-388, 1997.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 22. tir. São Paulo: Malheiros, 2013.

- BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BENTHAM, Jeremy (1781). *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
- BOLTANSKI, Luc. As dimensões antropológicas do aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 7, Brasília, jan.-abr. de 2012, pp. 205-245.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*. Trad. de Maria Helena Kühner. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. Trajetória dogmática do tipo de aborto. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 7, nº 12, mai.-ago. 2015.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica*. 3. ed. atual. e ampl., 1. reimpr. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.
- BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 16, p. 127-146, 2004.

- CADEMARTOR, Luiz Henrique Urquhart. Os direitos fundamentais à vida e autodeterminação frente ao problema do aborto: o enfoque constitucional de Ronald Dworkin. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas* – Ano VIII – Nº11 – nov. 2008, p. 211-224.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 7, Brasília, pp. 165-203, jan.-abr. de 2012.
- DINIZ, Debora; Medeiros, Marcelo; MADEIRO, ALBERTO. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, p. 653-660, 2017.
- DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, Volume 9, n. 4, 2012, p. 201-227.
- DROVETTA, Raquel Irene. O aborto na Argentina: implicações do acesso à prática da interrupção voluntária da gravidez. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 7. Brasília, jan.- abr. de 2012, pp. 115-132.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York: Vintage Books, 1994.
- EMMERICK, Rulian. *Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Dep. de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro: Fac. de

- Direito da PUC, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063091.pdf>. Acesso em: 20 set 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: a ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trota, 1999.
- GALTUNG, Johan. La violencia: cultural, estructural y directa. *Journal of Peace Research*, [s. l.], v. 27, n. 3, p. 291-305, 1990.
- GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte especial, crimes contra a pessoa*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.
- GUTMANN, Matthew. O machismo. Trad. de Michele Markowitz. *Antropolítica: revista contemporânea de antropologia*, Niterói, n. 34, p. 95-120, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Trad. de Juan Carlos V. Arroyo et al. Barcelona: Ed. Paidós Ibérica, 1998.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras et al. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. de Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008.
- LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. Trad. de Luiz Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.
- MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. *Cadernos Pagu*, nº 50, Campinas, 2017.

- MARTINELLI, João Paulo Orsini et al. *Direito penal lições fundamentais: parte especial, crimes contra a pessoa*, v. 2. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- MEIRELLES, Jussara Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MILL, John Stuart (1861). *L'utilitarisme*. Traduction française de Georges Tanesse à partir de la 4e édition anglaise parue en 1871 du vivant de Mill. Québec: Édition électronique, 2002.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. por Josefa Sainz Pulido. Madrid: Aguilar, 1859.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7.^a ed., rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- RIBEIRO, Flávia Regina Guedes. Aborto por anencefalia na mídia brasileira: análise retórica do debate entre as posições “pró-escolha” e “pró-vida”. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 7. Brasília, jan.- abr. de 2012, pp. 83-114.
- ROSÁRIO, Luana; OLIVEIRA, Bianca; OLIVEIRA, João Mateus. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54: uma análise à luz da fenomenologia hermenêutica e do ativismo judicial. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 30, 2019, p. 83-108.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. de André L. Callegari e Nereu

- J. Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do direito penal*. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/25456-25458-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III: a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 121-128, 2013.
- SANTOS, Camila Simões; SILVEIRA, Lia Marcia Cruz da. Percepções de mulheres que vivenciaram o aborto sobre autonomia do corpo feminino. *Psicologia: Ciência e Profissão*. Abr./jun. 2017, v. 37, nº 2, pp. 304-317.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- SANTOS, Rayani Mariano dos. *O debate parlamentar sobre aborto no Brasil: atores, posições e argumentos*. Dissertação apresentada ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (Unb). Brasília: Ins. de Ciência Política, 2015. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18171/1/2015_RayaniMarianoSantos.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.
- SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 43-82, Abr./Jun. 2005.
- SEGRE, Marco et al. O contexto histórico, Semântico e filosófico do princípio de autonomia. *Revista Bioética*, v. 6, n. 1, Brasília-DF, 1998.
- SHEWMON, David A. *Anencephaly: selected medical aspects*. New York: Hasting Cent Rep., 1988.

- SILVA, Virgílio Afonso de. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Trad. de Mauricio Antonio R. Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004.
- SZANIAWSKI, Elimar. O embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, v. 46, pp. 151-179, 2007.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- THOMSON, Judith Jarvis. Uma defesa do aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 7. Brasília, jan.- abr. de 2012, pp. 145-164.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. *Ciência e Cultura*, vol. 64, nº 2, São Paulo, abr./jun. 2012, p. 40-44.
- VIEIRA, Elizabeth Meloni. A questão do aborto no Brasil. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, Rio de Janeiro, vol. 32, n. 3, p. 103-4, mar. 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. de Vânia Romano Pedrosa et al. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- WARNOCK, Mary. *Utilitarianism and on liberty*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2003.