

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGDIREITO CURSO
DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

MARIA CAROLINA GOLIN

AUTOMONIA REPRODUTIVA E ABORTO SOBRE A
PERSPECTIVA DA LEI BRASILEIRA

Passo Fundo

2024

MARIA CAROLINA GOLIN

**AUTOMONIA REPRODUTIVA E ABORTO SOBRE A
PERSPECTIVA DA LEI BRASILEIRA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu– Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Ernani Bonesso de Araújo.

**Passo Fundo
2024**

CIP – Catalogação na Publicação

G626a Golin, Maria Carolina
Autonomia reprodutiva e aborto sobre a perspectiva da lei
brasileira [recurso eletrônico] / Maria Carolina Golin. – 2024.
611 KB : PDF.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de
Passo Fundo, 2024.

1. Aborto - Aspectos morais e éticos. 2. Aborto - Aspectos
religiosos. 2. Aborto - Legislação. 3. Direitos fundamentais.
I. Araújo, Luiz Ernani Bonesso de, orientador. II. Título.

CDU: 343.62

Catalogação: Bibliotecária Juliana Langaro Silveira - CRB 10/2427

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

“AUTOMONIA REPRODUTIVA E ABORTO SOBRE A PERSPECTIVA DA LEI BRASILEIRA”

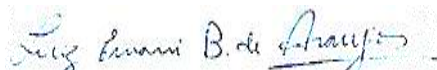
Elaborada por

MARIA CAROLINA GOLIN

Como requisito parcial para a obtenção do grau de “Mestre em Direito”
Área de Concentração – Novos Paradigmas do Direito

APROVADA

Pela Comissão Examinadora em: 25/03/2024



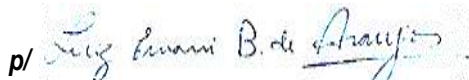
Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo
Presidente da Comissão Examinadora
Orientador



Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Coordenador PPGDireito



Dr. Paulo Roberto Ramos Alves
Membro interno

p/ 

Dra. Samyra Haydée Dal Farra Napolini Sanches
Membro externo



Dedico esta Dissertação a todos aqueles que de alguma forma se dispuserem a ampliar seus conceitos acerca do tema proposto.

Consagro esse espaço para demonstrar minha gratidão à minha família pelo amparo e incentivo nesse período de 2 anos, às minhas amigas pelas recargas de energias e, principalmente, aos profissionais do campo docente da faculdade que ampliaram de forma imensurável minha noção de mundo e sociedade.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.”

Albert Einstein

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade desse estudo.

Passo Fundo/RS, fevereiro de 2024.

Maria Carolina Golin
Mestranda em Direito

RESUMO: Na linha de pesquisa direcionada às Relações Sociais e Dimensões de Poder, se buscou analisar a real eficácia do atual Código Penal brasileiro no que concerne à prática do aborto, abordando acerca da história da prática e sua análise científica, bem como as consequências sociais que essa acarreta. Ainda, expôs a forte ligação existente entre os direitos fundamentais e a prática do aborto, se buscando responder se há de fato algum benefício que essa legislação traga para a população. Para tanto, se investigou a norma em conjunto com eventuais mudanças trazidas que possam ser trazidas pelo Projetos de Leis e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Se utilizou para o presente estudo a pesquisa bibliográfica, sendo usando na fase de investigação como base lógica operacional o método dedutivo, a partir do qual se tem possibilidades de chegar a conclusões em virtude de sua lógica. Já na fase de tratamento dos dados se fez uso o método histórico, o comparativo e o estatístico. Desse modo, se demonstrou a existência de lacunas jurídicas que acarretam prejuízos de caráter físico e psicológico às mulheres que se encontram com uma gravidez indesejada, já que não impede a prática do aborto, mas evita que esse aconteça de forma segura, ansiando de movimentação concreta dos poderes presentes do Estado para que a normativa se adeque a nova realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Abortamento. Vida. Gestores de Normalidade. Dimensões de Poder.

ABSTRACT: In the line of research aimed at Social Relations and Dimensions of Power, we sought to analyze the real effectiveness of the current Brazilian Penal Code regarding the practice of abortion, addressing the history of the practice and its scientific analysis, as well as the social consequences that this entails. Furthermore, it exposed the strong link between fundamental rights and the practice of abortion, seeking to answer whether there is in fact any benefit that this legislation brings to the population. To this end, the standard was investigated together with any changes brought about by the Project of Bills and Allegation of Non-compliance with Fundamental Precepts. Bibliographic research was used for this study, using the deductive method in the investigation phase as an operational logic basis, from which it is possible to reach conclusions due to its logic. In the data processing phase, historical, comparative and statistical methods were used. In this way, the existence of legal gaps was demonstrated to cause physical and psychological harm to women who find themselves with an unwanted pregnancy, as it does not prevent the practice of abortion, but prevents it from happening safely, longing for concrete movement of the State's powers so that the regulations adapt to the new reality.

KEYWORDS: Abortion. Life. Normality Managers. Dimensions of Power.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

art. por artigo

arts. por artigos

SIGLAS

PAISM – Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher

PNA – Pesquisa Nacional do Aborto

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

OMS – Organização Mundial da Saúde

OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Ilustração da medula espinhal em desenvolvimento.....	23
Figura 2 - Ilustração do desenvolvimento fetal da terceira até a sexta semana.....	25

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 – O CONTEXTO CIENTÍFICO E SOCIAL NA EMERGÊNCIA DO CÓDIGO PENAL VIGENTE	17
1.1 – CONCEITUAÇÃO DO ABORTO	17
1.2 – INÍCIO DA ATIVIDADE CEREBRAL	21
1.3 – CONTEXTO HISTÓRICO E SOCIAL DA NORMA NO BRASIL	27
CAPÍTULO 2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS, ESTADO E ABORTO	35
2.1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
2.2 – DA INTERFERÊNCIA RELIGIOSA E MORAL NA NORMA	44
2.3 – CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS ALIMENTADAS PELA CRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA	47
2.4 – MATERNIDADE E/OU CATIVEIRO	51
CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DE PROJETOS DE LEIS, ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, GESTORES DE NORMALIDADE E REALIDADE SOCIAL ATUAL	57
3.1 – ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS	57
3.2 – ANÁLISE DO PROJETO DE LEI	62
3.3 – GESTORES DE NORMALIDADE	65
3.4 – REVISÃO DO CONCEITO DE ABORTO DIANTE DA REALIDADE SOCIAL ATUAL	69
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	75

INTRODUÇÃO

A imagem da mulher no mundo é carregada de estereótipos, sobretudo quando da perspectiva da figura materna. O anseio de maternar não é unânime, e quando uma gravidez indesejada ocorre, essa passa a ser imposta pelo Estado a acontecer, salvo exceções, não se levando minimamente em conta as escolhas individuais de quem irá desenvolver o ser dentro de si.

Em análise a legislação brasileira atual, com ênfase no Código Penal, se voltou ao exame dessa diante do ato de realizar aborto, bem como das liberdades individuais das mulheres levando em consideração o contexto histórico e cultural e as consequências sociais que daí refletem. Assim, se busca responder a indagação de se a proibição do aborto até a 20ª semana fere o princípio da autonomia e liberdade reprodutiva da mulher.

No presente caso se tem a hipótese positiva, onde se verifica que a criminalização do aborto até a 20ª semana atinge o bem jurídico da liberdade reprodutiva da mulher, e a negativa, na qual se aponta que além de não ferir o direito reprodutivo da mulher, a legislação estaria preservando os direitos do feto. Já como variáveis essas podem ser a classe social, idade, legislação, doutrina, jurisprudência e movimentos sociais de grande impacto.

Se pensarmos na importância de se ter um Estado verdadeiramente laico, vemos que o Código Penal atual brasileiro ainda peca em alguns pontos, carregando fundamentos que fogem do ramo científico e se voltam para a religiosidade e costume dos tempos remotos. No que tange ao aborto, vê-se que por ser prática criminalmente penalizada por um dispositivo desatualizado, vai de encontro com as liberdades individuais que as mulheres supostamente teriam para com o seu próprio corpo, bem como não leva em consideração o início da vida se comparado com o fim dela, razão pela qual em virtude de tais incongruências, é de suma importância o aprofundamento no tema.

Desse modo, tem-se atualmente que a discussão sobre a prática

suprarreferida vai muito além da visão polêmica, se tratando de uma questão de saúde pública que quando analisada por um olhar econômico, cultural e religioso, se mostra possuir conexões importantes e conseqüentemente com grande relevância não só para o âmbito acadêmico, mas principalmente para o social, tendo interferência inclusive nas questões de gêneros.

A produção da presente Dissertação tem o objetivo institucional de obtenção do Título de Mestre em Direito vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – PPGDireito - da Universidade de Passo Fundo – UPF. Já, como objetivo científico/investigatório, buscou investigar o entendimento de “morte” trazido pela legislação penal brasileira, verificando a possibilidade de sua revisão a partir dos pressupostos dados pela ciência sobre quando se inicia a vida e de que forma atinge os direitos das mulheres sobre seu próprio corpo.

O estudo foi dividido em três capítulos para melhor explanação do tema. O primeiro capítulo faz uma abordagem do conceito de aborto apresentado por dentre as civilizações, tecendo considerações científicas sobre possíveis correntes de compreensão sobre o início da vida, analisando a fundo o desenvolvimento cerebral do feto e o início de suas ligações neurais. Ademais, versa sobre a contextualização da Lei Penal atual no âmbito social em que foi posta em vigência, sobretudo na regulamentação da prática do aborto.

No segundo capítulo, é debatido a respeito dos direitos fundamentais, principalmente da perspectiva da mulher que é impedida de interromper uma gravidez indesejada, abordando o cunho moral e religioso por detrás da norma, bem como acerca das conseqüências sociais que a criminalização do aborto acarreta, o concluindo com os encargos da maternidade e de como é legítimo não ter o anseio de a exercer.

Vindo em seqüência o terceiro e último capítulo, no qual se traz uma análise dos entendimentos jurisprudenciais que demonstram o lado da lei quando aplicada, seguida da crítica de projetos de leis e arguição de descumprimento de preceito fundamental e os embasamentos para com os quais esses foram apresentados, se

verificando também as formas de regulamentação presentes através de gestores de normalidade e o concluindo com a revisão do conceito de aborto diante da realidade social atual.

Se utilizou para o presente estudo a pesquisa bibliográfica, sendo usando na fase de investigação como base lógica operacional o método dedutivo, a partir do qual se tem possibilidades de chegar a conclusões em virtude de sua lógica. Já na fase de tratamento dos dados se fez uso o método histórico, o comparativo e o estatístico.

1. O CONTEXTO CIENTÍFICO E SOCIAL NA EMERGÊNCIA DO CÓDIGO PENAL VIGENTE

Conhecer o âmbito em que a legislação penal que criminaliza o aborto foi desenvolvida é fundamental para compreendê-la, sobretudo quando vista de uma visão panorâmica dentro da linha do tempo e de cada cenário que ela perpetuou para se apresentar da forma como a conhecemos hoje, antecipando Nader e Morgante (2019) a forte relação existente entre os papéis impostos a cada indivíduo dentro da sociedade e os discursos de poder.

No tocante a prática do aborto, sua previsão legal disposta nas leis brasileiras conserva a visão e cultura remota, não se utilizando com precisão do campo científico ou neurológico como embasamento e/ou parâmetro, pontuando os autores que:

A ideia de que o feto possui alma não remete ao nascimento do cristianismo, assim como o sentimento de infância, de família e do amor maternal. São construções históricas, que servem aos propósitos dos grupos de poder, visando o controle e a disciplinarização dos sujeitos em prol do “progresso” social (NADER; MORGANTE, 2019, p. 15).

Assim, em que pese a importância da conservação dos costumes, a evolução da ciência vem para ampliar as possibilidades de conduta dos seres humanos, trazendo consigo explicações e precisões que devem ser utilizadas em prol desses, de modo contrário não apresentam razões em se fazerem existir apenas para o âmbito acadêmico.

1.1. CONCEITUAÇÃO DO ABORTO

Vindo do latim *ab-ortu*, o termo aborto remete a abster-se do nascimento, já que “*ab*” significa privação e “*ortus*” representa nascimento, fazendo com que a palavra comunique à destruição do “produto” da concepção antes dele se tornar viável. No quesito viabilidade, há de se levar em conta que essa vai geralmente até a vigésima semana ou momento em que o feto, mesmo que prematuro, conseguia ter possibilidades de sobreviver fora do ventre materno, já que antes de tal período geralmente não houve o desenvolvimento de todos os órgãos, impossibilitando a

manutenção da vida.

Sá (2016) menciona que o termo “aborto” acabou sendo usado de modo que se confunde com o resultado da prática já que pela Medicina Legal, abortamento seria o correto para se referir a ação de abortar, do qual o resultado é a morte do feto. Esse pode ser classificado em dois tipos, quais sejam: os espontâneos, que acontecem sem intenção alguma, sendo uma interrupção natural da gravidez que via de regra se dá antes da 20ª semana, com maior percentual de incidência até a 12ª a depender da idade, fator genético e hábitos da gestante, ocorrendo em 1 a cada 4 mulheres acordo com Zugaib e Francisco (2016); e os provocados, que ocorrem de maneira intencionalmente. Os provocados se subdividem em legal, por possuírem autorização da justiça e serem realizados em hospitais, e ilegal, geralmente feito em clínicas clandestinas, realizados por ações medicamentosas ou até mesmo através de intervenções mecânicas (SOUZA, 2009).

Ao compulsar-se ao conhecimento histórico disponível atualmente, é possível perceber que a ocorrência da prática de forma não espontânea sempre existiu, em diferentes civilizações e motivada pelas mais diversas razões. Na Antiguidade, a qual teve início no período antes de Cristo, Rebouças e Dutra (2011) apontam que no Código de Hamurabi (oriundo do Império Babilônico) o abortamento era mencionado como infração cometida por terceiro, e em caso de morte da gestante, o filho do autor da agressão seria alvo da pena; também existia o Código de Hitita (civilização que se localizou onde hoje é a Turquia) no qual fazia a mesma menção sobre o crime ser cometido por terceiros, mas com a possibilidade de se pagar a pena em montante pecuniário, sendo a quantidade correspondente às semanas do feto.

Ainda, Rebouças e Dutra (2011) fazem menção aos escritos do povo egípcio, os quais traziam receitas de ervas que serviam tanto para serem usadas como contraceptivo, como para provocar o aborto ou causar infertilidade na mulher. Na mesma época, a Roma e a Grécia possuíam relações diferentes com a prática, havendo pessoas que repudiavam o ato, mas também a menção em escritas médicas de como realizar o aborto provocado. Rebouças e Dutra (2011 apud

Galeotti, 2007; Riddle, 1992; Schor & Alvarenga, 1994) tecem que:

Apesar de as civilizações grega e romana permitirem o aborto, este poderia ser considerado crime quando ferisse o direito de propriedade do pai sobre um potencial herdeiro. Isso acontecia porque tais civilizações eram patriarcais e o homem detinha poder absoluto sobre a família e precisava de um herdeiro para sucedê-lo no poder. Neste sentido, o aborto era considerado crime devido a um interesse político, não havendo referência ao direito do feto à vida (REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p. 419-428).

Na Grécia, os pensadores como Aristóteles e Platão defendiam a prática. O primeiro, por considerar uma forma eficaz de controlar a natalidade e a estabilidade da população; o segundo, Platão, trazia a visão de que para ter uma melhora no número de indivíduos "desejáveis" em uma população, o aborto deveria ser obrigatório para preservar a raça dos que lutavam na Guerra e de mulher que passassem dos 40 anos. Sócrates orientava parteiras para que essas, tornassem mais fácil a execução para as mulheres que desejassem se submeter a prática, e já Hipócrates se abstinha de ter atitudes que apoiassem a realização dessa de forma provocada.

Na Roma tal possibilidade se manteve enquanto haviam altos números de nascituros, porém, com a diminuição desses, passou a se tornar uma região com legislação severa que relacionava o aborto com crimes que atentavam a segurança do Estado. Já o povo da Gália, via como um direito do pai conduzir a vida de um filho do modo que o quisesse, estando esse nascido ou não, vez que esse era visto como a figura de um chefe de família, dessa forma podia desde a gestação gerenciar que essa se mantivesse ou fosse interrompida.

Passando para a Idade Média, ou então para a Idade das Trevas como também era conhecida pela estagnação intelectual e preponderância religiosa, dada no final do século V/VI já do período pós Cristo, o cristianismo estava se espalhando com as traduções da Bíblia Sagrada para outras línguas, levando com ele a condenação do aborto pela Igreja Católica, a qual o caracterizou como um pecado gravíssimo posto que o entendimento passou a ser de que a vida começava da concepção, moldando pensamento e atitudes dos seus fiéis, que inclusive se perpetuam até os dias de hoje. Tais condutas se embasaram tanto em um dos mandamentos com o dizer "Não matarás", quanto em passagens da Bíblia em

Êxodo, expondo que:

Numa briga entre homens, se um deles ferir uma mulher grávida e for causa de aborto sem maior dano, o culpado será obrigado a indenizar aquilo que o marido dela exigir, e pagará o que os juizes decidirem. Contudo, se houver dano grave, então pagará vida por vida, olho por olho, dente por dente, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe (BÍBLIA SAGRADA, 1990, p. 89).

Ainda, tal livro traz que em caso de desconfiança do marido para com sua mulher, ele deveria dar-lhe, através de um sacerdote, a “água da maldição” para beber. Caso estivesse contaminada ou cometido adultério, sofreria as consequências físicas que a ela cabiam. De outro modo, caso estivesse isenta de pecados, poderia conceber pois a água da maldição não lhe traria empecilhos. Apesar de não fazer menção direta com a prática, traz situações que a ela permeiam.

Com o início da era renascentista e fim da Idade Média, entre o século XIV e XV, a arte e a cultura se renovaram pela Europa, porém as influências da igreja na sociedade ainda permaneciam com grande intensidade. De acordo com Nader e Morgante (2019, p. 22) “O pensamento de São Tomás de Aquino (1225-1274 d.C.) durante o século XIV, segundo o qual o feto não possui alma, influenciou na tolerância da Igreja Católica em relação ao assunto por séculos”. Em paralelo, começaram a ser discutidas questões de direitos reprodutivos e também acerca da ética médica. Em contra partida no século XVIII, Rebouças e Dutra (2011) corroboram com essa linha do tempo expondo que, antes da Revolução Francesa o feto era só uma extensão do corpo da mulher, e abortar era uma escolha pertinente a essa; com a passagem pelo conflito, a forma como a prática passou a ser vista foi induzida por uma visão de futuro, projetando que aquele ser poderia se tornar soldado ou então trabalhador, mas que alguma maneira iria agregar com benefícios na sociedade.

Já no século XIX, Schor e Alvarenga (1994) pontuam que em virtude do deslocamento em massa da população do campo para a cidade, bem como a diminuição de patamar de vida, fizeram com que a prática do aborto se expandisse entre tais classes, representando um risco para a classe dominante que com o

passar dos anos poderia não ter mais tanta mão de obra com baixo custo, a qual era bem importante para o aumento das indústrias. Nesse momento, apesar de ter sido levantado debates a respeito do acesso ao aborto legal, as leis permaneceram restritivas em muitos lugares.

No final de tal período, adentrando no século XX, Rebouças e Dutra (2011) destacam o avanço na medicina, principalmente no estudo do embrião e da gravidez, o que passou a trazer uma visão de que o aborto seria um risco para a saúde das mulheres, tais acontecimentos nortearam as legislações que o consideravam crime nos Estados Unidos e em algumas partes da Europa, principalmente na França, já que nessa teve uma diminuição da população após a Primeira Guerra Mundial. No Japão, a estratégia do Pós-Guerra foi diferente, legalizando a prática a fim de evitar a miséria dos cidadãos; do mesmo modo na União Soviética, só que nessa motivado pela visão da importância em se garantir uma saúde digna para as mulheres que trabalhavam, fazendo conseqüentemente com que o país continuasse se desenvolvendo. Em países escandinavos, a legalização se motivou pela crença protestante luterana, trazendo uma visão mais liberal para tratar do tema.

Com essa contextualização, se perceber que o abortamento “(...) ao longo da história, foi permitido ou proibido conforme os interesses econômicos e políticos de cada época (REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p. 421)”, na maioria das vezes deixando de olhar para a vida íntima da mulher, e noutras, analisando como mero instrumento de procriação, que trará ou deixará de trazer benesses ao país como um todo, sendo em cima dessa base que surgiram legislações e condutas que assombram a sociedade, com ênfase no público feminino, até os dias atuais.

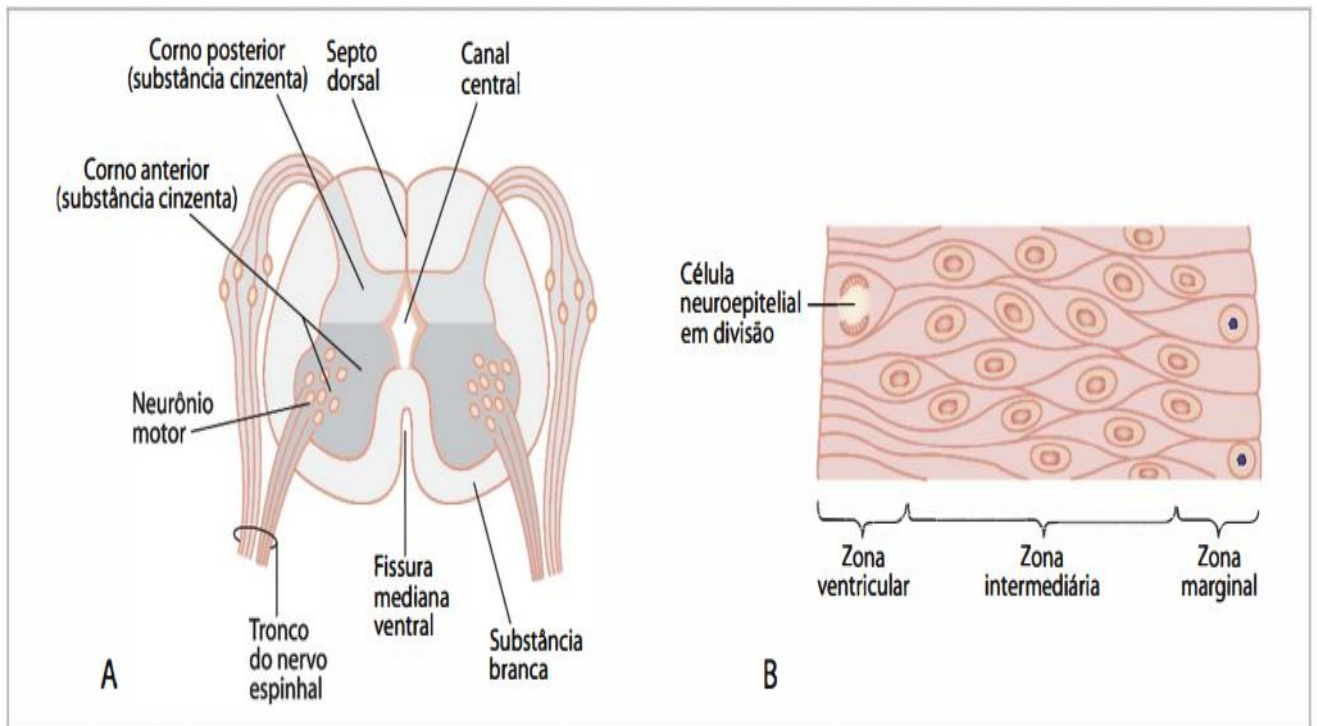
1.2. INÍCIO DA ATIVIDADE CEREBRAL

Ao adentrar ao âmbito do desenvolvimento humano, se verifica que para se chegar no estágio de ter um óvulo fecundado até o nascimento do ser, se passa por uma série de etapas complexas, as quais apesar de serem estudadas há tantos anos apresentam ainda lacunas e imprecisões, que muito embora sejam minuciosas

comparadas com o processo como um todo, trariam cada vez mais possibilidades e explicações para quem faz proveito do estudo da embriologia; estudos esses que nos tempos remotos eram realizados em aves para se ter uma melhor comparação com o homem.

Inicialmente cabe a ressalva de que, o embrião é um grupo de células que estão começando a se desenvolver dentro do útero da mulher. Partindo dessa premissa e da análise do feto em sua terceira semana, vê-se que é a contar desse momento que se inicia o desenvolvimento do primeiro eixo do ser humano, no qual vai ser estruturado futuramente o esqueleto; também no decorrer desse período, começa a formação da placa neural, seguida do tubo e da crista neural, sendo na cauda do tubo neural o local onde haverá a formação da medula espinhal. Zugaib e Francisco (2016) relatam que é através das células presentes na camada interna do referido tubo neural que os neurônios irão ter origem, sendo os primeiros neurônios conhecidos como neuroblastos, conforme ilustrado abaixo:

Figura 1: Ilustração da medula espinhal em desenvolvimento. A: parte transversa do tubo neural em feto de 9 meses. B: três zonas da parede da medula espinhal.



Fonte: ZUGAIB, M.; FRANCISCO, R.P.V. Zugaib Obstetrícia. 3. ed. São Paulo: Manole, p. 123, 2016.

Da 4^a até a 6^a semana, Moore e Persuad (2008) colaboram demonstrando as principais mudanças apresentadas por essa etapa, que são com o fechamento do neuroporo caudal, o crescimento substancial da cabeça equiparado com as demais regiões do feto, seguida do crescimento e evolução do encéfalo, bem como a formação dos membros do corpo e desenvolvimento da estrutura desse como um todo. Na parte neural se analisa que:

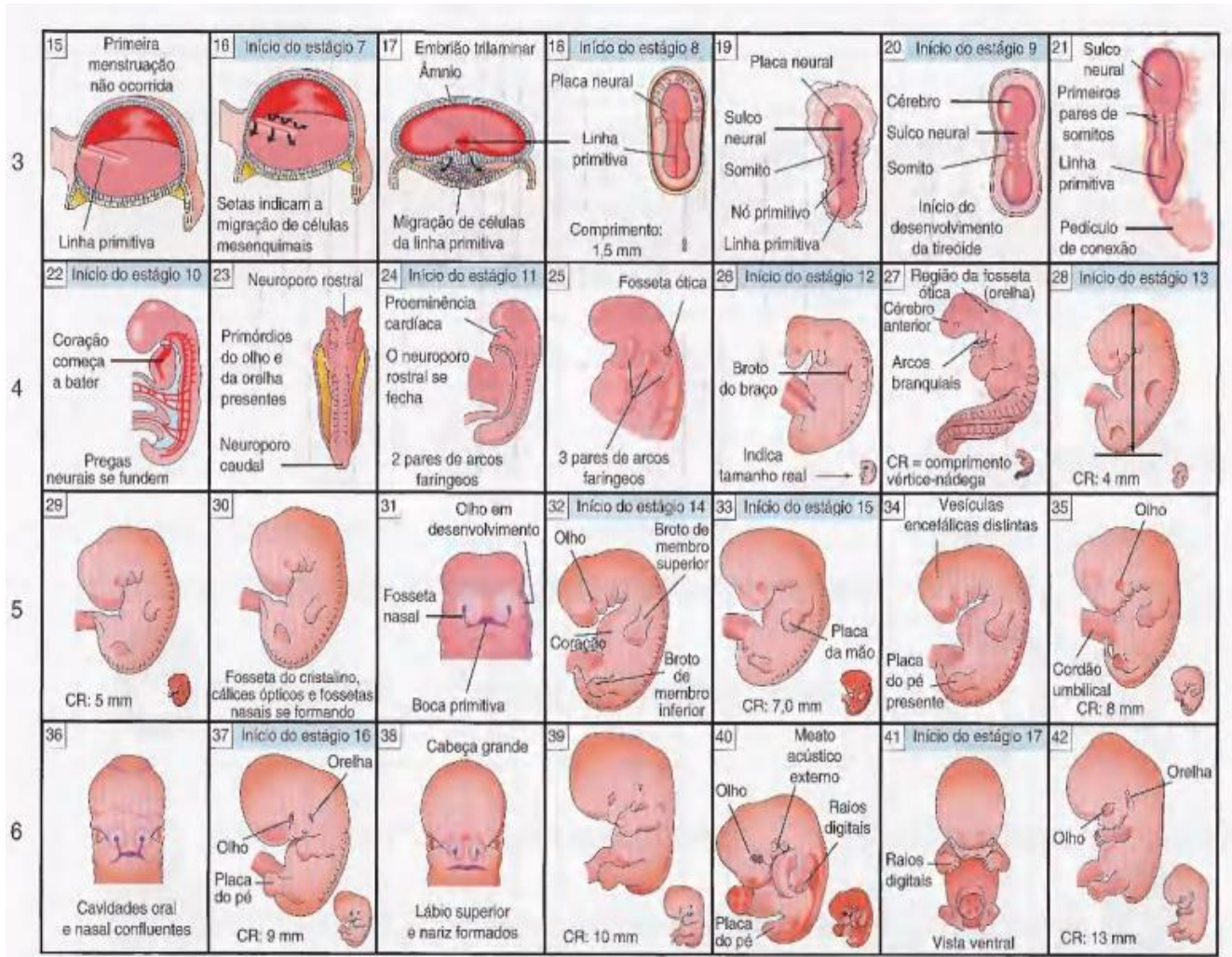
Quando neurônios corticais migram, de sua localização original na camada germinativa para seu destino final na lâmina cortical, considera-se um processo complexo. Na primeira metade da gestação, em especial a partir da quinta semana, quando as vesículas cerebrais são formadas, até aproximadamente 22 semanas de gestação, ocorrem a geração e a migração dos neurônios corticais (ZUGAIB; FRANCISCO, 2016, p. 125-126).

Sendo a partir da 6ª semana que, de acordo com Zugaib e Francisco (2016) já se encontra formado cada parte do cérebro e surge então o corpo estriado, no qual passam as fibras vindas do córtex, sendo essas responsáveis por processar e transportar informações de cunho sensorial, motor e cognitivo para outras regiões cerebrais. Nessa mesma linha de raciocínio, se vê que é a partir daí que se inicia a formação de uma estrutura cerebral:

Assim como o desenvolvimento de conexões sinápticas, ocorrem eventos que envolvem a diferenciação dendrítica e dos axônios a partir do sexto mês de gestação. Certo alinhamento, orientação e estratificação passam a ser obtidos por parte dos neurônios. Ramificações axonais e dendríticas são elaboradas, as conexões sinápticas são estabelecidas e a proliferação e a diferenciação de células da glia ocorrem (ZUGAIB; FRANCISCO, 2016, p.127).

Nesse contexto, tendo como base o entendimento neurológico, se verifica que o princípio da vida e da morte são o mesmo, uma vez que da mesma forma que a vida se encerra quando termina permanentemente a atividade elétrica no cérebro, ela supostamente se inicia quando o feto começa a apresentar atividade cerebral. Desse modo, conduz o entendimento de que a realização do aborto antes do início das atividades cerebrais não seria uma afronta aos direitos do feto, haja vista que esse ainda não estaria vivo de fato, sendo até esse momento apenas células oriundas de uma reação química que sobrevivem dentro e em virtude do corpo da mulher, se fazendo pertinente analisar a síntese das primeiras semanas de modo visual, conforme assim segue:

Figura 2: Ilustração do desenvolvimento fetal da terceira até a sexta semana.



Fonte: MOORE, K.L.; PERSAUD, T.V.N. Embriologia clínica. 8.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 4, 2008.

A respeito das funções cerebrais, a Resolução nº 2.173, de novembro de 2017 sedimenta que, “considerando que a perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e de tronco encefálico, caracteriza a morte encefálica e, portanto, a morte da pessoa; (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017)”, desse modo, não se apresentam dúvidas de que a morte nesses casos se configura pela falta de atividade elétrica ou metabólica no encéfalo, ou então falta de bombeamento de sangue nessa região.

Acerca do tema, inúmeras são as opiniões divergentes, extremas, em sua maioria pessoais e sem embasamento científico para tanto, dentre elas se faz oportuno a trazida por Araújo (2004), vez que esse entende que no período uterino o feto não possui vida, mas sim uma esperança/expectativa dela após o nascimento, razão pela qual a prática do abortamento não atingiria a terceiros, afastando dessa forma qualquer possibilidade de criminalização dessa. Porém, mesmo sendo o feto uma extensão do corpo da genitora, tal compreensão há de ser observada em conjunto com a viabilidade desse, já mencionada anteriormente, tendo em vista que entre a 20ª e 24ª semana existem possibilidades de sobrevivência no ambiente extrauterino, mesmo que pequenas, haja vista que o nesse ínterim ocorre a iniciação da formação dos pulmões, completando assim os requisitos mínimos para se manter vivo fora do útero.

De outra banda, Dworkin (2009) corrobora que por mais que no cérebro do feto as atividades elétricas surjam antes, esse só passa a sentir a sensação de dor após o tálamo, região que recebe as informações nervosas, se conecta com o neocórtex (parte massiva predominante em tamanho no cérebro), tais fibras passam a fazer esse movimento de projeção a partir da 22ª semana, levando em consideração que:

Esses critérios levam alguns pesquisadores a sugerir que um substrato neural adequado para a sensação de dor só vai existir por volta do sétimo mês de gravidez (trinta semanas), bem no período em que os fetos prematuramente nascidos tornam-se viáveis mediante o recurso de um intenso suporte vital (DWORKIN, 2009, p. 22).

Indo além, Dworkin (2009) traz nesse contexto que, mesmo após a 20ª semana, a morte e expulsão do feto poderia ser feita de maneira indolor para esse através da aplicação de anestésias, impulsionando nesse sentido o real peso de significância em essa suposta vida passar a ter interesses e capacidades muito mais complexas do que apenas a própria existência, como por exemplo a de alcançar a possibilidade de sentir algum tipo de emoção, prazer, deixar de ter ou ter expectativas, sendo

(...) muito improvável que se desenvolvam no feto humano antes da maturação cortical, por volta da trigésima semana de idade gestacional, quando a atividade elétrica cortical torna-se mais complexa e os períodos de vigília podem ser distinguidos dos períodos de sono através do eletroencefalograma." É somente nesse momento que "a atividade elétrica do cérebro começa a demonstrar padrões intermitentes que se assemelham a alguns daqueles encontrados em adultos normais ((DWORKIN, 2009, p. 23).

Nesse cenário, é possível se observar a existência elementos que indicam ser uma margem segura a realização do abortamento ocorrer até a 20ª semana, tendo em conta a ausência de formação total do cérebro do feto, a falta de viabilidade de vida extrauterina, bem como inexistência de eventual sensação de dor, o que em um contexto conjunto não configuraria ainda por si só uma vida, mas sim uma extensão das células da mãe.

1.3. CONTEXTO HISTÓRICO E SOCIAL DA NORMA NO BRASIL

Ao adentrar a história do Brasil, se pode identificar as condutas que se preservaram no tempo e as raízes que trouxeram a visão inferiorizada da mulher para a atualidade, ampliando a análise do abortamento visto sob um contexto geral. Desde a era colonial no Brasil, a figura da mulher perante a religião era de um ser destinado a reproduzir sua espécie, daí pois, ao estabelecer a ela um "papel" definido dentro da ideia de natureza do homem a predestinou a ser mãe, sendo o aborto uma hipótese veementemente repudiada pela sociedade.

Entretanto, Rebouças e Dutra (2011) expõe que há registros que relatem a ocorrência da prática desde então, principalmente por mulheres indígenas que, em detrimento da falta de um genitor presente, acabavam provocando a morte do feto, afirmando Priore (2009, p. 1) que:

(...) o aborto constituía-se numa forma de controle demográfico desaprovado tanto pela Igreja quanto pelo Estado. Via de regra praticado por mulheres em estado desesperador diante de uma gravidez indesejada, numa situação de dificuldade ou miséria, o aborto significou nos tempos modernos - como também na Antiguidade e Idade Média - a arma de

controle dos casais ilegítimos.

Ainda, Priore (2009) aponta que era visto como um fato gravíssimo a mulher não deixar seu fruto se desenvolver, e principalmente por esse morrer sem o batismo, induzindo a ideia de que, de alguma forma um ser superior iria apresentar a vingança para essa mãe, seja no Juízo final ou até mesmo em vida, encontrando assim, o Estado através do amedrontamento trazido pela religião, uma maneira de combater eventual desfalque populacional. Nesse tempo, com a ausência de médicos, se utilizada do suporte de curandeiras, as quais através de preparo de receitas com ervas, prestavam assistência e a saúde era tratada; com o passar dos anos e a chegada dos doutores da época, no quesito aborto apenas destinavam suas atenções e estudos para os casos onde esse ocorria de forma involuntária, buscando compreender a causa do acontecimento a fim de evitá-los, não voltavam suas atenções para o intencional.

O Código Penal do Império de 1830, foi a primeira normatização que sedimentou a realização do aborto como crime, trazendo em seu texto, no tópico de infanticídio, as seguintes condenações:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas – dobradas (BRASIL, 1831).

Vê-se que no caput do artigo 199 se encontra presente o termo “mulher pejada”, significando por tal verbo que ela está emprenhada, cheia, mas também trazendo analogia ao verbo pejado no sentido de alguém que está embaraçado ou com muita vergonha.

Passando para 1890, já na República, foi um período de mudanças no país, como por exemplo o trabalho livre e não mais escravo, abrangência da literatura e maior discernimento jurídico e social, no qual se teve incluído nos delitos contra a segurança da pessoa e da vida o tópico pertinente ao aborto, trazendo especificações da criminalização quando praticado por médicos, parteiras e pela própria mulher, senão vejamos:

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: - pena de prisão cellualar por dous a seis annos.

No segundo caso: - pena de prisão cellualar por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena - de prisão cellualar de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena - de prissão cellualar por um a cinco annos.

Parapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a

morte por imperícia ou negligência:

Pena - de prisão celular por dois meses a dois anos, e privação do exercício da profissão por igual tempo ao da condenação (BRASIL, 1890).

Assim, pode-se perceber que o controle da sexualidade da mulher pelo Estado através da legislação foi gradualmente se majorando, Siqueira e Guedes (2021) apontam que, nesse período se usava com frequência a nomenclatura da conduta como "feticídio", todavia essa não foi adotada pelos tribunais já que podia ocorrer não só na fase de feto, mas em todas as etapas da gestação. Ainda o entendimento do judiciário era de que, o crime se configurava caso o feto se apresentasse viável para viver, sendo a maioria dos casos desse tempo, realizados pela ausência de contraceptivos que surtiram os resultados esperados. Vê-se também que:

O lugar do crime era o da clandestinidade, do segredo, só se tornando um problema público quando, de alguma forma, uma pista surgia para além da esfera privada; seja com o aparecimento de um feto em via pública, seja com a morte de uma mulher em situação suspeita, seja com a descoberta de uma relação considerada ilícita para os padrões morais da época (SIQUEIRA; GUEDES, 2021, p. 102).

Na sequência, sobreveio o Código Penal de 1940, o qual em que pese tenha sido um reflexo dos anteriores, trouxe em seu artigo 128 uma pequena flexibilização, afastamento a penalização do médico em caso de aborto se a gravidez for oriunda de estupro ou não possuir outra forma de salvar a vida da genitora, conforme se analisa:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (SARAIVA, 2017).

Tal alteração proporcionou trazer para o Código a regulamentação do que já vinha sendo legitimado pelos médicos e pelo próprio judiciário, implementando assim novos valores a serem considerados, quais sejam, o da integridade física e psicológica da mulher juntamente com resquício de direito reprodutivo, mesmo que mínimos.

Acrescentada Valle (2018) que, nos anos subsequentes foram apresentados projetos de lei por políticos que possuíam viés religioso, com intuito de retirar o último dispositivo suprarreferido e também farmacêuticos abortivos do mercado, porém, esses não obtiveram êxito. Em 1961, a figura da mulher começou a ter mudanças, dentre elas a de dona de casa, que através de movimentos sociais nos estados, trouxeram à tona o lado maternal, sem abrir mão da religiosidade, pugnando por um país melhor para seus filhos. Logo, em 66:

(...) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, ratificado pelo Brasil em 1992, recomendou fossem tomadas medidas para ajudar as mulheres a evitar a gravidez indesejada e, se a mesma viesse a acontecer, que fosse assegurado a essas mulheres não precisarem recorrer ao aborto clandestino, o qual implica-lhes ameaça de morte. Os Estados deveriam, ainda, relatar as medidas que estavam sendo tomadas para garantir o acesso ao aborto às mulheres que engravidavam por violência sexual (VALLE, 2018, p. 53).

Além do mais, relevante a informação de que tal Pacto Internacional aderido foi criado em harmonia à Declaração Universal de Direitos Humanos, apresentando o intuito amplo de dissipar o respeito, a liberdade civil e também a liberdade política, com garantias de direito a reunião e associação, trazendo assim, impacto e um discurso de proteção tanto para a pessoa humana quanto para o processo eleitoral do país.

Apenas a partir de 1970, que de acordo com Rebouças e Dutra (2011 apud MARQUES; BASTOS, 1998), o aborto passou a ser analisado não mais como um problema na moral individual, mas como um problema pertinente também ao âmbito público, já que oriundo de fatores que se passam na sociedade como um todo; os estudos realizados no período, tornaram claro o percentual alto de mulheres que o praticavam, na sua maioria motivadas pela ausência de capital ou de organização para ter uma família. Em 1980, o feminismo trouxe significativos avanços para as mulheres, haja vista que lutou pela implementação de delegacias especializadas para receber as que sofriam violência doméstica. Já sobre o abortamento:

(...) para as mulheres burguesas dos anos 80, o maior motivo para justificar o aborto é a pobreza da mulher, o que desconstrói o argumento naturalístico da vida do feto para considerar o argumento dinâmico da vida da mulher como capaz de justificar a conduta. Tem-se, ainda, que muitas apoiam que o aborto seja considerado legal. Por fim, parte expressiva delas diz que o aborto já é considerado moralmente válido, ou certo. Enfatize-se o fato de que, em nenhum momento, nenhuma delas demonstrou sentimento de culpa por realizar o aborto (VALLE, 2018, p. 59).

Em 83, o PAISM¹ (Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher) é constituído (sua implementação não se expandiu pra todo o país), o qual de acordo com Osis (1998) passou a romper com o conceito de mulher voltada somente para procriação, se preocupando inicialmente com a saúde dessa de maneira absoluta; porém, mais tardar, passou a se ater a atividade sexual para controle do potencial reprodutivo, mesmo que de modo não tão claro. Se pontua que tal programa apenas mencionava o homem quando se tratava de assuntos relacionados à vasectomia, trazendo uma suposta ideia de que só a mulher tinha responsabilidade sobre a reprodução em si. O movimento feminista da época colaborou de forma crucial para fomentar discussões acerca de anticoncepcionais e da educação sexual no âmbito da saúde, evitando eventual forma de controle populacional opressor que o Estado poderia passar a ter.

De outra banda, no mesmo período, apesar da exceções de possibilidade de realizar a prática em casos de estupro, tal crime era visto mais como uma afronta ao conceito de família do que à pessoa da mulher em si, já que na ocorrência desse a honra familiar de gozar de uma boa imagem era ferida perante a sociedade, tanto que as alterações feitas em julho de 1984 no artigo 107 do Código Penal trouxeram a previsão de tornar passível de extinção de punibilidade casos onde a vítima se cassasse com o autor do crime, senão vejamos:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

(...)

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste código.

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a

¹ Programa governamental criado com intuito de olhar com prioridade para a mulher e, em conjunto com outros setores como o âmbito trabalhista, científico e da saúde, passou a criar estratégias para resguardar a dignidade e integridade dessa.

ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração (BRASIL, 1984);

Somente em 2005, sob a lei 11.106 que tais incisos foram excluídos, dado ao reconhecimento dos avanços de princípios e valores percebidos com o decurso dos anos.

Somente em 1990 que, de acordo com Rebouças e Dutra (2011) o abortamento passou a ser considerado um problema de saúde pública, devido ao alto percentual de mortes em virtude da prática clandestina. Sendo em 2004, discutido através da primeira Conferência Nacional de Política Para as Mulheres, a possibilidade e necessidade de se realizar revisão na legislação penal voltada ao assunto. Como efeito desses movimentos, se teve uma alteração importantíssima na legislação penal, conforme se analisa na menção realizada à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54) do artigo 128 anteriormente exposto, a qual em 2012 julgou, pela maioria dos votantes do Supremo Tribunal Federal, inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos suprarreferidos, se embasando nas premissas de conceituar a vida e sua viabilidade, levando em consideração que na condição de nascer sem cérebro essas se tornariam impossíveis.

Hoje, com poucas modificações acerca do assunto ao longo desses 84 anos, resta cristalino que apesar de ter sido elevado o percentual de participação da mulher na política e da permanência de movimentos feministas, em conjunto com os avanços científicos que ajudam a compreender o desenvolvimento completo do feto, impactando da percepção da vida como um todo, a cultivação de leis que restringem a prática do aborto ainda é predominante no país.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS, ESTADO E ABORTO

Perante a lei, compreende-se que direitos fundamentais são aqueles reconhecidos positivamente pelo ordenamento jurídico, explicando TAVARES (2010, p. 481) que, uma vez se tratando de direitos fundamentais, deve-se reunir pelos menos três elementos: o Estado, a noção de indivíduo e a consagração escrita:

Sem o Estado (i), a proclamação de direitos não seria exigível na prática. Sem a (ii) noção de indivíduo, mantendo-se as concepções coletivas (como, p. ex., do leste asiático), nas quais a pessoa é apenas um elemento do grupo, impediriam o desenvolvimento dos direitos fundamentais no sentido em que ele se deu. Por fim, a exigência de um texto escrito com vigência em todo o território e certa superioridade em relação aos demais atos normativos é igualmente essencial.

Porém, não significa dizer que o fundamento dos direitos fundamentais reside no reconhecimento normativo, mas sim em uma forma de viabilizar a sua concretização, sendo o reconhecimento de tais direitos resultado de um desenvolvimento histórico de cada sociedade e do próprio constitucionalismo. Por mais robusta que seja a forma como se apresentem, não está ao alcance de todos usufruírem de tais direitos de forma plena e absoluta, seja por incapacidade mental ou física, e/ou inclusive pela pouca renda percebida, fator que também acarreta nessa limitação do gozo dos direitos, trazendo consequências para a vida privada como um todo, sobretudo para as mulheres.

Quando se trata do sexo feminino no que diz respeito ao aborto, vê-se a afronta a direitos importantíssimos que a criminalização trouxe em seu texto legal, o qual é resultado de vertentes religiosas e morais, que além do mais propiciou para a formação de uma imagem da mulher ideal a ser seguida. Esse acoplado de fatores desencadeia problemas sociais, de modo mais predominante e direto para o sexo feminino,

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com base no entendimento apresentado por FERRAJOLI (2009), os direitos dos cidadãos, uma vez são protegidos de maneira universal, adentram por

consequência ao campo dos direitos fundamentais, os conceituando como segue abaixo exposto:

Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica (FERRAJOLI, 2009).

Já Luño (2013) aponta que, apesar dos termos direitos humanos e direitos fundamentais serem muitas vezes utilizados como sinônimos, dentre as correntes doutrinárias pode se entender a diferenciação entre eles no sentido de que, o primeiro se atém à positivação dos direitos naturais no âmbito internacional, através de tratados e convenções, trazendo uma relação com os direitos bases de igualdade, liberdade e dignidade; já no campo dos direitos fundamentais, esses podem ser vistos como aqueles que se voltam para o regulamento interno de um país, assim explanando que:

(...) los derechos fundamentales son los garantizados constitucionalmente a los ciudadanos, en cuanto miembros de un determinado Estado, los derechos humanos se refieren a los formulados también positivamente en los textos constitucionales con validez general para todos los hombres y sin hallarse, por tanto, reducidos a un determinado grupo de personas (LUÑO, 2013, p. 40).

FERRAJOLI (2009) especifica que, os direitos fundamentais podem ser vistos por quatro classes, sendo elas a dos direitos humanos, direitos civis, direitos públicos e direitos políticos, porém tais classes devem ser interpretadas de acordo com princípios de importância na vida do ser humano dentro do sistema/da sociedade, os dividindo inicialmente em dois tópicos, o da pessoa em si e depois ela como cidadã; dentro do direito pessoal há de ser analisado em primeiro momento os direitos do ser humano, uma vez que esse precisa de fato estar vivo e em plena capacidade para possuir o do segundo tópico, que seria os direitos civis; já, dentro do tópico dos direitos da pessoa quando vista como cidadão, se tem os interesses públicos em primeiro lugar, para depois voltar-se aos direitos políticos.

Em conformidade com o doutrinador Cunha Junior (2013, p. 605):

(...) antes de serem direitos positivados, os direitos humanos fundamentais são direitos morais decorrentes da própria condição humana. E como tais, ainda que não positivados, devem ser observados e respeitados, por exigência de uma consciência ética coletiva, consistente na convicção generalizada da comunidade de que o homem só vive, convive e desenvolve suas virtualidades se alcançar um estágio ideal de dignidade.

Se apresentam como forma de delimitar o poder do Estado, bem como de tornar esse responsável pela efetivação dessas garantias, as quais, de acordo com Melo (2007), possuem cinco tipos de características possíveis que facilitam na identificação, sejam elas, a de preservar a dignidade da pessoa humana, de ser um princípio por natureza no ordenamento jurídico, de possuir uma função legitimadora, trazer a roupagem de norma constitucional vez que ali se encontra sedimentada, e por último a característica de ter se perpetuado ao longo da história como um reflexo da sociedade, promovendo para os que nela vivem direitos que visem a dignidade.

De acordo com Lunõ (2013), os direitos fundamentais só atingem a plenitude quando cumprido três requisitos: o primeiro de ser uma norma disposta no código, ou seja, positivada; o segundo de que, de tal normativa se vê emanar direitos voltados para a pessoa do sujeito; e o último, de o sujeito, titular dos direitos, poder ter garantia do cumprimento desses, podendo contar também como o Estado para tanto.

Inspirado em outros países, em 1824 através de Carta do Império, o Brasil começou dar o ponta pé inicial rumo ao reconhecimento dos direitos sociais, como por exemplo a liberdade, segunda e propriedade, juntamente com ensino primário gratuito e abolindo qualquer forma de tortura. Nesse meio tempo, apesar dos poucos avanços no mesmo sentido nas constituições de 1891 e 1934, o governo ditatorial e Getúlio Vargas colocou a baixo as garantias conquistadas, revogando-as e instituindo, em 1937, a censura e pena de morte. Como uma luz em meio a escuridão, a partir de 1946 renasce uma constituição que abarca novamente os direitos fundamentais, sobretudo com visão para o trabalhador e harmonia entre o poder judiciário, legislativo e executivo.

E somente com a Constituição Federal de 1988 que se efetivou a redemocratização no país, dispondo, mais especificadamente em seu Título II, aqueles que atuam como protagonistas dos direitos individuais e coletivos, tendo nesses o: direito à liberdade, a dignidade da pessoa humana e a vida, os quais em muitas situações se relacionam diretamente um com outro, possuindo até mesmo uma certa dependência. Assim, Ferrajoli (2009), entende que a universalidade dos direitos fundamentais remete automaticamente à sua indisponibilidade, uma vez que se pudesse abrir mão desse direito ele deixaria de ser universal e por consequência fundamental.

Nessa perspectiva, a questão da liberdade pessoal não se encaixaria como direito fundamental, haja vista que por mais que seja somente em situações previstas em lei, pode ser suprimida do cidadão. Assim, pode-se dizer que:

Se direitos fundamentais são definidos como aqueles direitos que não são apenas universais, mas também indisponíveis, deve-se concluir que um direito pode ser chamado de fundamental quando o ordenamento jurídico inclui não uma, mas duas normas relacionadas a ele: uma norma que a confere universalmente e outra que a declara indisponível (FERRAJOLI, 2009, p. 62).

Fazendo distinção entre liberdade e autonomia, ou liberdade positiva e negativa, Ferrajoli (2009) traz que a primeira se remete à ação do cidadão sem influência de limitações naturais ou sociais, como seria a aplicação do direito/das leis, já a outra se remete ao agir sem que haja tais constrangimentos, tendo a plena possibilidade de atuar como bem entender; todavia, tal diferenciação não possui importância no âmbito jurídico, apenas no moral.

Quando desta perspectiva se analisa a prática do aborto, muitas questões legais e principiológicas são levantadas, sobretudo a análise da vida sob a mesma perspectiva da morte, trazendo a incompreensão do que hoje se vê aplicado no Brasil. Comporta ressaltar que por liberdade de modo geral, se presume que seja respeitada a autodeterminação, sendo que cada mulher ou homem devam ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas sem que haja interferência do Estado ou até mesmo de terceiros. A origem desta ideia é a noção

de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, sendo capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, tendo o referido princípio para guiar-se de acordo com sua vontade (NINO, 1989).

Ademais, compulsando-se ao poder constitucional brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi um marco para o firmamento dos direitos humanos, impactando na democracia de modo geral, uma vez que consagrou a priorização do respeito aos direitos humanos como paradigma defendido pela ordem internacional, mas até que ponto o Estado garante a liberdade de escolha do indivíduo (CANOTILHO, 1999)?

Fábio Konder (2001), nos traz que:

[...] Os grandes valores da vida social – como a liberdade, a igualdade e a solidariedade – têm um grau de expansão ilimitado, porque nada mais são do que um reflexo da dignidade humana. De outro lado, o campo de aplicação do princípio da liberdade é igualmente ilimitado: é toda a vida humana, em sua mais ampla dimensão, pública e privada. [...] Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado.

Bernhard Schlink de modo aclaratório, nos traz uma visão mais prática da atuação do Estado no tocante à “liberdade”:

Enxerga-se, no exame particularizado ou específico de cada intervenção estatal, o modo mais adequado e, em face do princípio distributivo mais promissor, porque correto jurídico-dogmaticamente, de se concretizar os direitos fundamentais. Segundo esse princípio distributivo, o ônus de justificar uma dada atuação cabe ao Estado, no momento de intervir na liberdade individual; não ao indivíduo, titular do direito fundamental, o de justificar o modo de exercer sua liberdade (SCHLINK; MARTINS, 2017, p. 261-297).

Já pelo termo dignidade, esse vem sendo usado ao longo dos anos com diferentes sentidos, tendo ligação com o status social, bem como sendo a essência de certas coisas ou instituições, sem prejudicar a evolução do entendimento de dignidade humana como valor moral concedido a todo e qualquer ser humano, sendo perfeita colocação nas palavras de Canotilho nesse ponto, o qual explica que

“(.) a dignidade da pessoa humana baseia-se no princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna da dignitas-homini (Pico Della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu projecto espiritual (CANOTILHO, 1998, p. 219).”

Passando à análise do direito à vida, o qual é a parte central do presente trabalho e donde os demais direitos se originam, vê-se que hoje, através dos olhos da legislação brasileira, não se discute acerca da configuração de vida, mas tão e somente sobre a viabilidade do feto, possibilitando em casos específicos a realização do aborto caso não se tenha uma gestação avançada. Não chega a ser um conflito entre a vida do feto e a liberdade reprodutiva da mulher, já que o texto sedimentado traz a compressão de que uma vez concebido, esse passa a ser adquirente de tal direito e qualquer prática contrária é criminalizada, modo pelo qual “(...) o crime de aborto teria por finalidade proteger a espécie humana, o “ser vivo que tem probabilidade de viver no futuro” e a integridade da mulher (Siqueira, 2003, p. 603)”. Nesse sentido:

Quais são as justificativas disponíveis para proibir o aborto, digamos, no primeiro trimestre? Se deixarmos de lado como infundada, do ponto de vista médico, a ideia de que o aborto é uma ameaça para a mãe, então duas justificativas principais vêm à mente. A primeira recorre às opiniões morais da maioria, sem admitir que sejam fundadas. Mas se acreditarmos que considerar tais preferências como justificativa para restringir a liberdade é uma negação da igualdade, então nossa teoria condena essa justificação como inaceitável. A segunda apela para os interesses do nascituro. Se crianças não nascidas são pessoas cujos interesses podem ser considerados pela legislação, então essa segunda justificativa tem fundamento e passa pelo teste da igualdade. Mas o Tribunal deve decidir sozinho essa questão profunda e indemonstrável (DWORKIN, 2001, p. 100).

Na questão do aborto quando disposto não só na vida particular, mas envolvendo a questão social por trás, se tem destaque e influência na saúde pública, na igualdade entre os cidadãos e na privacidade desses. Hoje é de conhecimento geral que o aborto clandestino se tornou uma prática frequente no Brasil, principalmente por mulheres com estruturas sociais vulneráveis e tendo maior ocorrência em regiões menos desenvolvidas no país.

Segundo a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), o aborto ilegal é uma das principais causas da mortalidade materna, tendo na última década, acarretado um custo para o Sistema Único de Saúde (SUS) do Brasil estimado em 500 milhões de reais. Ademais, em 2016 a Pesquisa Nacional do Aborto (PNA) estimou que 1 em cada 5 mulheres, com alfabetização e até 40 anos de idade, já haviam se submetido ao procedimento, sendo que metade dessas necessitou de internação hospitalar (FREITAS, Sofia Naira Barbosa; RUFINO, Andréa Cronemberger; MADEIRO, Alberto Pereira, 2020); tais dados são de casos que tiveram internações em decorrências do aborto, mas não se deixa de pontuar a existência de demais situações, que em virtude de sequelas, óbitos e falta de amparo para criar um novo ser, as mulheres acabam recorrendo aos subsídios do Estado. Ainda cabe trazer que:

O abortamento infectado, principalmente em países em que a lei proíbe a interrupção da gestação, muitas vezes encontra-se intimamente ligado à ilegalidade, sendo sua prática realizada em condições inadequadas. Cerca de 13 das mortes maternas que ocorrem no mundo são decorrentes do abortamento induzido de forma clandestina. Como a estimativa de morte materna é de 510 mil por ano, preveem-se 67 mil mortes anuais em virtude da prática do abortamento clandestino. Além disso, o abortamento clandestino está associado com considerável morbidade e pelo menos 1:5 (20%) mulheres terá infecção do trato genital, o que pode acarretar futura infertilidade (ZUGAIB, 2016, p. 568).

Assim, somente quando é questionada as condições em que a prática é realizada é que o aborto para a ser visto de fato como um problema social, trazendo no contexto o entendimento de que o direito a saúde e a liberdade acabam sendo proporcionais às condições financeiras, as quais uma vez sendo escassas, deixam mulheres suscetíveis a arriscarem suas próprias vidas para evitar a gravidez, conjuntamente com a dependência do sistema público de saúde, o qual apresenta inúmeras falhas diariamente, tanto pela morosidade quanto pela infraestrutura, principalmente em grandes centros.

Ainda, em consonância com os demais princípios, o direito à privacidade encontra-se atualmente em constante violação no que diz respeito ao aborto, haja vista a garantia constitucional presente no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de que:

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (SARAIVA, 2017)

De acordo com o filósofo Immanuel Kant, existe somente o fundamento da autolegislação, segundo o qual se origina todo o campo da moralidade. Esse fundamento consiste na autolegislação própria a que estão submetidos todos os agentes racionais. Todas as demais tentativas de fundamentação constituem aquilo que ele designa como heteronomia, isto é, buscam um fundamento para a ação em leis ou interesses oriundos do exterior da razão prática pura, geralmente no interesse egoístico. Por isso, não possuem o caráter de um princípio objetivo obrigante para a vontade de todo homem (BORGES, 2007). Desse modo, se o direito à privacidade abrange o poder de afastar intervenções de terceiros sobre o corpo do seu titular, é complexo imaginar uma intrusão tão forte sobre o corpo de alguém, como a de que uma gestante por exemplo, por nove meses, mantenha uma gravidez contra vontade.

Como consequência, o direito à igualdade também se apresenta ferido nesse ponto; a respeito da igualdade e desigualdade, Ferrajoli (2009) vê os direitos fundamentais como parâmetro para ambas, porém ressalta a ausência da avaliação de tais parâmetros no que diz respeito às mulheres vistas ao longo da história, as quais muito embora não tenham alcançado sua total capacidade de agir, foram e vêm sendo vagarosamente incluídas. A noção de igualdade no Estado Democrático de Direito não se abrevia na isonomia formal presente no artigo quinto da constituição brasileira, vê-se que para uma sociedade caracterizar-se como inclusiva é imprescindível construir e pôr em prática o Direito, de modo a promover a real igualdade entre as pessoas, diminuindo desníveis sociais e de poder.

Dessa forma, Boaventura de Souza Santos afirma que “temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando

a igualdade nos descaracteriza (SANTOS, 2003)”. No tocante ao aborto, se remete muito a questão de igualdade de gênero, haja vista que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria, a qual irá desenvolver o feto em seu ventre, sendo essa totalmente responsabilizada para administrar e gerenciar o novo cenário, seja quando grávida ou após dar à luz.

Ainda, complementa-se a desigualdade financeira que rege hoje o Brasil, fazendo com que quem possua condições aborte em clínicas clandestinas seguras ou até mesmo em outro país onde a prática seja legalizada, deixando a mulher que não possui condições de criar um filho ou de pagar pelo aborto clandestino à mercê, uma vez que a lei do país apenas proíbe a prática, mas não dá condições para efetivamente a criança e família que vai a receber ter uma vida digna.

Por fim, se encontra o direito ao planejamento familiar, disposto pela Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, a qual em seu artigo 5º prevê que:

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar (BRASIL, 1996).

Porém, apesar da legislação vim como forma de antecipar eventual rejeição do feto ou aborto provocado, e preveja o incentivo à população ter um real e efetivo planejamento para com sua família, a falta de políticas públicas advinda do Estado referente a esse direito é gigantesca, notando-se que esse não está presente para tanto, mas para punir eventual aborto por gravidez indesejada se mostra bem mais eficiente.

Finalizando com a violação do princípio da proporcionalidade pela tipificação penal, que muito embora não seja parte dos direitos fundamentais, traz uma forte ligação para com o direito a vida, já que não se tem certeza a respeito da real proteção dessa no nascituro por meio da lei vigente e por não trazer fortes impactos sobre o número de abortos praticados no país, apenas inviabilizando a realização

desses de modo seguro, gerando mais custos para a sociedade com saúde pública e mortes, do que benefícios.

2.2. DA INTERFERÊNCIA RELIGIOSA E MORAL NA NORMA

Embora se esteja em um país laico, o Brasil pode se considerar com viés teísta, vez que de certa forma acredita na existência de Deus, como pode se confirmar através da mensagem nas cédulas de dinheiro com a escrita “Deus seja louvado”, se apresentando de forma incontestável a forte carga religiosa que o Brasil carrega em sua conduta nas diversas dimensões de poder, dentre elas a legislativa, sobretudo quando se fala em aborto.

Vê-se que de forma laica existem duas correntes sobre a prática do abortamento, onde uma traz a visão embriológica, entendendo ser a partir da terceira semana de gravidez o início da vida, momento em que é estabelecida a individualidade humana já que até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. Já, pelo entendimento neurológico, o princípio da vida e da morte são o mesmo, assim, se a vida se encerra quando termina a atividade elétrica no cérebro, ela se inicia quando o feto apresenta atividade cerebral, conforme visto anteriormente (DE BARCHIFONTAIN, 2010).

A lei posta hoje não contempla nenhuma dessas linhas, se apresentando de maneira ampla ao estipular no artigo 2º do Código Civil que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (BRASIL, 2002)”. Tais direitos do nascituro, contemplaria nesse entendimento a garantia da preservação vida, haja vista a previsão constitucional do artigo 5º de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...) (BRASIL, 1988)”. No entanto, é contraditória ao possibilitar o aborto em caso de estupro ou anencefalia, já que resguarda a “vida” do embrião desde sua concepção, mas abre exceções nesses casos para resguardar a vida psicológica da genitora.

Ora, se possibilita nesses casos, onde o cérebro não está totalmente formado, sem conectores de dor, bem como por não apresentar expectativa/viabilidade de vida extrauterina, ambos onde o conflito não é entre o direito de vida da mãe e o do feto, pertinente seria a aplicação de uma regra geral para se possibilitar a prática até as mesmas semanas que é possível nos casos mencionados, já que psicologicamente, a grande maioria das mulheres que são obrigadas a manter uma gravidez indesejada são acarretadas por problemas psicológicos do mesmo modo, aparecendo de forma nítida a lacuna entre o conservadorismo da visão do passado, onde a lei se configurou, e o presente onde foram realizadas as emendas com bases na evolução da ciência.

Se mostrando algo cultural a maneira como, “o homem é ensinado a lidar com a vida, sendo a morte evitada e afastada de seu pensamento, como se fôssemos imortais e como se a morte não fizesse parte da vida (REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p. 426)”. Nessa direção, Dworkin (2009) afirma que o aborto é moralmente condenado, sobretudo por argumentos religiosos, remetendo também a indagação de que se a pessoa é ou não uma possuidora e direitos, o relacionando ao cometimento de um pecado por considerar a vida um elemento sagrado, mas pontuando que isso não pode ser considerado o mesmo que afirmar que um pecado assim o é pelo fato do possível bebê a partir da concepção ter o direito de viver, razão pelo qual:

A crença em que a vida humana, em qualquer estágio, tem um valor intrínseco e sagrado pode, portanto, oferecer uma razão para que as pessoas se posicionem violentamente contra o aborto, vendo-o como uma crueldade em qualquer circunstância dada, sem acreditar, em hipótese alguma, que um minúsculo conjunto de células recém-implantadas no útero, ainda sem órgãos, cérebro ou sistema nervoso, já seja alguma coisa que tem interesses e direitos (DWORKIN, 2009, p. 15).

De acordo com Camurça (2017), embora tenha havido separação entre o Estado e a igreja, essa não trouxe a saída da religião da vida pública, tanto que se preservam símbolos religiosos nesses espaços; corroborando com o apontado por Barreto e Figueiredo (2021), faz com que dessa forma se questione o processo democrático, bem como se reprima os direitos reprodutivos das mulheres, haja vista

a conservação do pensamento de família tradicional, sendo que “o conservadorismo moderno começou como defesa da tradição contra as reivindicações de soberania popular e se tornou um apelo em nome da religião (...) (SCRUTON, 2021, p. 111).”

Apontando Siqueira (2021) que, a legislação visa proteger a vida tanto do feto quanto da mãe, mas tem a honra como principal protagonista, sendo melhor esconder a infração cometida do que violar aquela, fazendo com que nesse caso a legislação tenha uma figura mais de alerta do que de punição por si só. Corroborando Dworkin (2009) com a narrativa de que, o que fomentou a presunção de que o aborto não é correto de forma moral foi a crença de que a vida de maneira individual é sagrada, sendo que tais fiéis “acreditam que o feto é uma criatura humana viva em desenvolvimento, e que algo intrinsecamente mau ocorre, uma espécie de vergonha cósmica, sempre que a vida humana em qualquer estágio é deliberadamente eliminada (DWORKIN, 2009, p. 15-16)”.

De acordo com GARGARELLA (2020), a construção ética não se encontra apenas em bases teóricas, mas também em princípios morais, sendo a moral social construída a partir da moral crítica. Trazendo a afinidade da moral social para com o direito, todavia apontando que “separación entre Derecho y moral: una norma no pierde su carácter jurídico por ser injusta, ni la justicia de una norma es título bastante para que se convierta, por ese solo motivo, en una norma jurídica (GARGARELLA, 2020, p. 108)”.

Daí pois que:

“a pena no além faz parte deste sistema, que rejeita a pena no aquém. Trata-se de uma ordem moral transcendente que estatui sanções, e, nestes termos, de uma ordem moral religiosa – mas não de uma ordem moral desprovida de sanções (KELSEN, 1988, p. 29).”

Fundamentando assim Dworkin (2009) que, é possível defender a ideia extrema da conceituação da vida e quando ela se inicia, ao mesmo tempo que se tem ciência de que tomar a decisão de realizar ou não a expulsão do feto do ventre é pertinente a quem o está portando, já que essa irá ser alcançada por eventuais consequências de sua escolha. Sendo a pressão social da maternidade sob a mulher e o julgamento moral e religioso fatores que mais a afetam a saúde psicológica da mulher, não o aborto em si.

Dessa maneira, os indícios levam a crer que com a descriminalização da prática, usando com base a ciência e os fundamentos de um Estado laico, afastará consigo o fardo psíquico no ponto carregado pela mulher.

2.3. CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS ALIMENTADAS PELA CRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA

Com a criminalização do aborto, o campo dos impactos negativos que reverberam na sociedade vai se ampliando. No contexto que hoje se apresenta, inúmeras são as consequências que refletem nos cidadãos, principalmente no sexo feminino, desencadeadas por um processo multifatorial, e não apenas por um fato isolado, conforme se analisa.

A tendência das mulheres que abortam é na maioria jovem, pobre e já com mais filhos (DINIZ, 2007), sobretudo essas mais carentes, que compõem a maior parcela da população brasileira, são obrigadas a buscarem por métodos de baixo custo, elevando o nível de periculosidade da ação, levando-as muitas vezes à graves complicações e/ou morte (SANTOS, 2013).

Segundo dados apresentados pela Organização Mundial da Saúde “5 milhões de mulheres por ano passam a sofrer de disfunções físicas e/ou mentais como resultado das complicações decorrentes de um aborto inseguro (ANIS INSTITUTO DE BIOÉTICA, 2019)”, trazendo um impacto direto no âmbito da saúde.

Só no Brasil, cerca de 250 mil mulheres por ano são internadas pelo SUS em virtude de problemas oriundos do abortamento realizado de forma insegura, desencadeando apenas no ano de 2017 um gasto de mais de 5 milhões devido à tais complicações.

Pela criminalização é difícil se ter com precisão dados que apontem a quantidade de mulheres com sequelas ou que foram a óbito em virtude da prática, todavia, os números que se teve conhecimento em 2016 apontam que “o SUS registrou que pelo menos 203 mulheres morreram por aborto (uma morte a cada dois dias) (ANIS INSTITUTO DE BIOÉTICA, 2019)”. Levando a análise dos denunciante da prática, sendo levantado dados de que “70% dos casos de mulheres indiciadas entre 2003 e 2016 no estado de São Paulo, o denunciante foi um profissional da saúde (ANIS INSTITUTO DE BIOÉTICA, 2019)”, fator que além de ir de encontro com o Código de Ética Médica, o ferindo, faz com que afaste as mulheres de buscar ajuda em um local seguro, no qual ela deveria ser acolhida e não denunciada.

Nesse campo, as consequências psicológicas ganham espaço imensurável, sobretudo pela pressão social e falta de amparo da mulher, sendo o ato de abortar só mais um adendo a essas. Ademais, o feto no ventre a partir da 30ª semana começa a desenvolver atividades cerebrais mais complexas, e uma vez esse estando sendo gerado em um ambiente externo tenso ou com conflitos, trará implicações na personalidade desse ser, mesmo que inconsciente. Aliás, “ninguém pode descrever, de fato, a angústia e o desespero sofridos por uma mulher ao ver seu corpo se voltando contra si mesma, como acontece no caso de uma gravidez indesejada (FEDERICI, 2017, p. 180)”.

Em casos onde o aborto ilegal se concretiza, Rebouças e Dutra (2011) destacam o cenário solitário e carregado de culpa que vem em conjunto com esse,

já que não há preparativos para a prática na sociedade atual, essa prepara seus cidadãos e profissionais física e mentalmente para o parto, seja ele normal ou cesárea, mas não para a morte do feto.

Ademais, resgatando novamente a história brasileira, Luz (2017) aborda que em 1949 houve a publicação do livro "o segundo sexo - fatos e mitos" de Simone de Beauvoir, no qual é relatado que foi o fator biológico do homem que o faz enxergar-se como soberano, não analisando a mulher a mesma forma, mas sim dessa possuir um lado místico de reprodução da espécie. Entretanto, com a reconfiguração da sociedade onde homens podiam ter seu próprio espaço de terra para produzir e descobrem que também são necessários para gerar um filho, a visão anterior foi substituída pela da mulher como meio de procriar e de designar demais tarefas, sendo as normas readequadas de acordo com os homens que os elaboravam, e por conseqüente exaltavam no texto sua figura masculina de detentor de posses. A mulher como nada possuía, fazia parte do "patrimônio" de seu pai e se caso casasse, passaria a fazer parte ao de seu marido. Configurando assim os requisitos que aparentavam ser o suporte social, o fato de se possuir uma família e deter de patrimônios.

E incredulamente, anterior a esse período sobreveio o Estatuto da Mulher Casada, que a ordenava obedecer ao cônjuge, sendo:

"(...)somente entre 1938 a 1942 que a capacidade da mulher é ampliada, revogando-se o chamado dever de obediência ao marido (...) que passa a estabelecer que a mulher tem plena capacidade de direitos, e que esta somente pode ser limitada pelo contrato de casamento ou pela lei. A igualdade entre os cônjuges ainda não está estabelecida, mas trata-se de um avanço para a época (LUZ, 2017, p. 26)."

Na sequência, Nader e Morgante (2019) discorrem que após a fase ditatorial no país, movimentos feministas tomaram novamente corpo ao buscar por voz no

sistema patriarcal já instaurado, trazendo resultados positivos ao combater contra os altos índices de violência contra o gênero, muito embora esse tenha sido o tempo em que a discussão política a respeito do aborto tenha sido deixada "as escondidas" para evitar conflitos com o cunho religioso e conservador. Nesse período:

O corpo masculino era representado como sinal de supremacia em força e em inteligência, em detrimento da pouca capacidade física e intelectual da mulher, cujo corpo biológico seria demonstrativo de sua fraqueza muscular, seu sedentarismo, sua incapacidade intelectual e a sua extrema sensibilidade emocional. Com essas características e portadora de um útero passivo à espera da semente para dar vida a um ser, as mulheres eram descritas como receptivas e submissas, mais aptas a cuidar dos filhos, da casa e do marido, e sem maiores necessidades sexuais, seu sexo servia apenas à reprodução (NADER; MORGANTE, 2019, p. 21).

Além da inferiorização, o corpo da mulher era visto como objeto para reprodução da espécie, fator último que só vai se extinguir com o avanço tecnológico e científico, quando houver a possibilidade de desenvolvimento do feto de forma extrauterina, obedecendo parâmetros e éticas. Nesse caminho, Nader e Morgante (2019) ressaltam que, a diferença biológica relacionada com a comportamental entre homens e mulheres desencadeou a existência de papéis sociais já pré-definidos entre os gêneros, com suas individuais diferenciações, sendo moldado na Europa a conceituação de família e infância, na qual a figura paterna fazia trabalho externo e a materna tinha a responsabilidade de gerenciar a casa, incluindo cuidar dos afazeres domésticos e filhos.

Desconstruir essa visão de que cada sexo, seja masculino ou feminino, detêm de seus certos "atributos" estabelecidos biologicamente e socialmente com o propósito de incumbir para a mulher a figura responsável pelo lar e pelos filhos influência de modo direto na estrutura social que se está sendo alimentada, senão vejamos:

(...) representação desses papéis sociais de gênero com o exercício do poder de um sobre o outro, logo, tem-se a relação entre a representação social da masculinidade e da feminilidade atreladas a estruturas sociais de poder que são por elas garantidas. Isso significa dizer que nas relações de gênero o desempenho comportamental de homens e mulheres garante a um poder, enquanto oprime e limita o outro. Tais estruturas são garantidas

pela sobrevivência de modelos de sociedade fortemente influenciados pelo patriarcado (NADER; MORGANTE, 2019, p. 113).

A forma como esse machismo estrutural permeia a sociedade, juntamente com valores religiosos, fomentam uma organização social onde a mulher é colocada em nível de submissão, trazendo a forte ligação para com a prática do aborto, na medida em que:

É crucial compreender que a criminalização do aborto tem uma história precisa estritamente relacionada com os discursos de poder e as representações formuladas em torno do papel dos indivíduos na sociedade. A ideia de que o feto possui alma não remete ao nascimento do cristianismo, assim como o sentimento de infância, de família e do amor maternal. São construções históricas, que servem aos propósitos dos grupos de poder, visando o controle e a disciplinarização dos sujeitos em prol do “progresso” social (NADER; MORGANTE, 2019, p. 28).

Ainda, não é novidade que uma vez não tendo possibilidades de realizar o aborto, a mulher será obrigada a minimamente gestar o feto, podendo após nascido colocá-lo para adoção, mas na maioria dos casos irá se desdobrar e muitas vezes tirar de onde não há para buscar possibilidades de dar uma vida digna para a criança que está por vir. Já o genitor, de certo modo possui o “direito” de abortar suas funções paternas, já que não terá que gerar o bebê por 9 meses dentro de si, ficando isento do ocorrido que se deu em virtude de seu próprio ato sexual.

Restando assim nítida a afronta aos direitos constitucionais, os quais de acordo com Rebouças e Dutra (2011) dariam autonomia reprodutiva à mulher, devendo tal assunto ser tratado e visto como de foro íntimo dessa, portanto, se fazendo pertinente vir daí uma escolha e decisão sobre a conduta de sua vida, não cabendo a opção de designar essa a terceiros.

2.4. MATERNIDADE E/OU CATIVEIRO

Para além do desejo de ser mãe, há de ser observado os encargos que esse papel abarca, dos quais muitas mulheres não querem correr o risco de se submeter, aliás, via de regra, demanda o maior trabalho e doação por parte dessas, seja de seus corpos, de dispender de seus tempos ou de sujeitar seu psicológico a eventuais situações.

Sendo pré-determinada de acordo com os fatores biológicos e dentro do âmbito doméstico, Chacel (2024) aponta que são inúmeras as inseguranças e incertezas que acarretam a vida de uma mãe, sendo que a maternidade muitas vezes pode ser considerada um cativeiro para a mulher, independente de classe social, cor ou raça. Fazendo conexão com a religião predominante no país, o catolicismo, se destaca que a figura feminina nessa é representada pela imagem da Virgem Maria e por uma fala de pureza e bondade no âmbito conjugal e maternal, fazendo com que a mulher passe a ter cultivada a imagem de que está tudo bem ser encarregada dos afazeres do lar e de que ela é capaz de:

"Servir o outro, ser do outro e para o outro. Ter o corpo vigiado e a beleza questionada. Ser comparada com outras mulheres-mãe, não ser acolhida e ter suas angústias descredibilizadas. Ter a vida doméstica como prioridade e não a sua saúde mental e física. Acordar do sonho romântico de ser mãe e se sentir perdida (CHACEL, 2024, p, 176)."

Com o entendimento no mesmo sentido, Carmo (2024) explana que as ações de cuidado para gerenciar e manter a vida do outro na área doméstica geralmente não tem seu devido reconhecimento, envolvendo muitas vezes a própria gestação em conjunto com a manutenção da alimentação dos integrantes da casa, lavagem de roupas e limpeza, sem quaisquer tipos de remuneração para tanto. Apontando dados que demonstram que apesar da "(...) colaboração do marido ou companheiro, são as mães e trabalhadoras domésticas (46,7%) que predominantemente compartilham as responsabilidades do trabalho doméstico e de cuidados (...) com as mulheres (CARMO, 2024, p. 6)."

Desse modo, em famílias que são compostas com base no patriarcado, a mulher é a encarregada por arcar com tais responsabilidades, exigindo que abra mão de parte significativa do seu dia, apontando ainda Carmo (2024) que, 42% dessas precisam deixar seus trabalhos para conseguir dar conta desse trabalho invisível efetuado dentro do lar, já quando analisado do lado do homem, apenas 6% passam por situação semelhante. Esse cenário além de exaustivo para a mulher, faz com que essa se desmotive, já que é uma rotina incessante dos mesmos afazeres diários, sem remuneração, e conseqüentemente tornando essa dependente financeiramente de seu cônjuge.

Há de levar em consideração a bola de neve que esses fatores desencadeiam, haja vista que em uma situação desconfortável ou até mesmo em caso de violência doméstica, dentre todas as questões sentimentais a mulher vai ter mais essa barreira financeira para suprir caso queira de desvincular da relação.

Assim, com a chegada de um filho, pouco irá mudar na rotina do homem, principalmente na questão de trabalho, onde continuará com esse sendo visível e reconhecido socialmente como válido; já do lado da genitora, há grande propensão a se criar “(...) um espaço de opressão, sustentado não só pela lógica patriarcal, mas também pela Igreja, pela família, pela sociedade, pela mídia, histórica e culturalmente instituições disciplinadoras das mulheres ((CHACEL, 2024, p, 177).”, espaço esse que a pressionada para entregar a todo custo e incessantemente o melhor e idealizado na posição que se encontra. Complementando Chacel, com a colocação de como o amor maternal para ser considerado válido socialmente tem que apresentar aparência de sacrificioso:

O sofrimento da mulher-mãe faz parte do amor maternal, além de se tornar meio para a felicidade e qualidade da boa maternidade. É por causa desse amor que se justifica a maternagem, uma vez que só uma mulher-mãe é capaz de deixar de olhar para si para se dedicar completamente e exclusivamente à criança. Desse modo, a mulher-mãe é esquecida enquanto pessoa, inclusive tendo suas necessidades, ora atendidas para que depois, consiga dar conta das necessidades da criança, ora totalmente invalidadas porque faz parte do que é ser mãe (CHACEL, 2024, p, 179).

A autora traz termos diferente entre maternidade e maternagem, onde o primeiro pode ser configurado como a qualidade de ser mãe, independente da forma, seja biológica ou natural; já por maternagem, se entende que é o ato de cuidado para com a criança, se conectando com ela e a deixando sentir parte do meio, podendo ocorrer por outras figuras além da genitora, seja com o pai, avós ou até mesmo com uma terceira responsável.

Puxando Carmo (2024) o enfoque da decisão proferida no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em processo para regulamentação de visitas e alimentos, na qual a 12ª Câmara Cível ao analisar o caso, levou em consideração a demandas que a genitora atende dentro de casa, tendo uma dupla jornada quando

consegue conciliar os dois campos, e em ambas as situações tornando o processo bem desgastante para essa. Assim, ao determinar a base dos alimentos, trouxe fundamentos desses encargos "designados" à mulher, os quais pouco são reconhecidos, quem dirá remunerados, conforme se analisa:

DIREITO DAS FAMÍLIAS. direitos humanos. AÇÃO DE ALIMENTOS C/C REGULAMENTAÇÃO DE CONVIVÊNCIA. tutela provisória de urgência. DECISÃO recorrida. fixação dos ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM 50% DO SALÁRIO MÍNIMO AOS TRÊS FILHOS MENORES DE IDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO PELA MÃE. PLEITO DE fixação de ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM 33% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DO AGRAVADO. OBSERVÂNCIA DO TRINÔMIO ALIMENTAR (POSSIBILIDADE-NECESSIDADE-PROPORCIONALIDADE). FILHOS EM IDADE INFANTIL. NECESSIDADE PRESUMIDA. TRABALHO doméstico DE CUIDADO diário e NÃO REMUNERADO da mulher. CONSIDERAÇÃO NO CÁLCULO DA proporcionalidade dos alimentos. adoção do protocolo de julgamento com perspectiva de gênero do conselho nacional de justiça. aplicação do PRINCÍPIO DA parentalidade responsável. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.1. A fixação dos alimentos deve obedecer a uma perspectiva solidária entre pais e filhos, pautada na ética do cuidado e nas noções constitucionais de cooperação, isonomia e justiça social, uma vez que se trata de direito fundamental inerente à satisfação das condições mínimas de vida digna, especialmente para crianças e adolescentes que, em virtude da falta de maturidade física e mental, são seres humanos vulneráveis, que necessitam de especial proteção jurídica. Exegese dos artigos 3º, inc. I, 6º e 229 da Constituição Federal, conjugado com os artigos 1.566, inc. IV, 1.694 e 1.696 do Código Civil, e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça e Precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala (1999).2. O arbitramento judicial dos alimentos, devidos pelos pais para a manutenção dos filhos, deve observar a equação necessidades do alimentado, capacidade financeira ou possibilidade econômica dos alimentantes e a proporcionalidade dos recursos de cada genitor. Exegese dos artigos 1.566, inc. IV, 1.694, § 1º, e 1.703 do Código Civil.3. Pela concepção finalística (e não institucional) e eudemonista, adotada na Constituição Federal de 1988, a família, como refúgio afetivo, é um meio de proteção dos direitos humanos-fundamentais, um instrumento à serviço da promoção da dignidade e do desenvolvimento humano, baseado no respeito mútuo, na igualdade e na autodeterminação individual, devendo assegurar a realização pessoal e a busca da felicidade possível aos seus integrantes. Interpretação do artigo 226, § 8º, 1ª parte, da Constituição Federal. 4. As relações familiares, porque marcadas pelo princípio da afetividade e sua manifestação pública (socioafetividade), devem estar estruturadas no dever jurídico do cuidado (que decorre, por exemplo, da liberalidade de gerar ou de adotar filhos) e na ética da responsabilidade (que, diferentemente da ética da convicção, valida comportamentos pelos resultados, não pela mera intenção) e da alteridade (que se estabelece no vínculo entre o “eu” e o “outro”, em que aquele é responsável pelo cuidado deste, enquanto forma de superação de egoísmos e narcisismos, causadores de todas as formas de situações de desentendimentos, intolerância, discriminações, riscos e violências, que trazem consequências nocivas principalmente para os seres humanos mais vulneráveis, como crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, meninas/mulheres e idosos). Incidência dos artigos 229 da

Constituição Federal e 1634, inc. I, e 1.694 do Código Civil. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Literatura jurídica. 5. Quando os filhos em idade infantil residem com a mãe, as atividades domésticas, inerentes ao dever diário de cuidado (como o preparo do alimento, a correção das tarefas escolares, a limpeza da casa para propiciar um ambiente limpo e saudável) - por exigirem uma disponibilidade de tempo maior da mulher, sobrecarga que lhe retira oportunidades no mercado de trabalho, no aperfeiçoamento cultural e na vida pública - devem ser consideradas, contabilizadas e valoradas, para fins de aplicação do princípio da proporcionalidade, no cálculo dos alimentos, uma vez que são indispensáveis à satisfação das necessidades, bem-estar e desenvolvimento integral (físico, mental, moral, espiritual e social) da criança. Inteligência dos artigos 1º e 3º, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) c/c artigo 3.2 da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas. 6. O princípio da parentalidade responsável (artigo 226, § 7º, da Constituição Federal) - concretizado por meio do pagamento de alimentos fixados em montante proporcional aos esforços da mulher, com a realização de trabalhos domésticos e diários na educação da criança - é um instrumento de desconstrução da neutralidade epistêmica e superação histórica de diferenças de gêneros, de identificação de estereótipos presentes na cultura que comprometem a imparcialidade jurídica, de promoção da equidade do dever de cuidado de pai e mãe no âmbito familiar, além de ser um meio de promoção de direitos humanos e de justiça social (artigos 4º, inc. II, e 170, caput, da Constituição Federal). 7. A presunção das necessidades de crianças e adolescentes à percepção de alimentos é uma técnica processual de facilitação da prova e de persuasão racional do juiz na promoção dos direitos fundamentais, para o desenvolvimento humano integral. Interpretação do artigo 373, inc. I, do Código de Processo Civil em conformidade com os artigos 5º, inc. XXXV e § 2º, da Constituição Federal, 4º da Convenção dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU) e 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos. 8. A análise do montante ideal da pensão alimentícia, em relação às reais necessidades dos alimentandos, as condições econômicas do alimentante e a distribuição proporcional dos ônus financeiros decorrentes da paternidade/maternidade responsável, pode ser examinada em um momento processual futuro, diante do aprofundamento da discussão pelo exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa, quando da confrontação pelo juiz, em decisão interlocutória posterior ou na sentença, da suficiência de argumentos e provas. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. 9. Recurso conhecido e provido, para readequar o valor da prestação alimentícia para o correspondente a 33% dos rendimentos líquidos do alimentante (salário bruto, excluídos apenas os descontos obrigatórios), aí incluídos valores referentes a férias, 13º salário e adicionais permanentes².

A decisão suprarreferida é bastante atual, já que fora proferida em outubro de 2023 e sem sombra de dúvidas trará suporte para futuros casos análogos, abarca importantes atualizações na forma como se enxerga a maternidade, e o conjunto todo, com o trabalho demasiado da mulher ao administrar tudo, ou pelo menos tentar, (pontua-se ainda que tem mais o ônus de desregulamentação hormonal que

² TJ - PR: 0013506-22.2023.8.16.0000, Relator: Eduardo Augusto Salomão Cambi, Décima Segunda Câmara Cível, Julgado em: 02-10-2023.

ocorre no puerpério para se levar em consideração) trazendo assim, uma tentativa de equiparação de gêneros.

Em vista do exposto, há se de convir que ser mãe não é para todas, e que nem todas as mulheres possuem esse sonho ou estão dispostas a terem grandes mudanças em suas rotinas, modo pelo qual designar a elas a escolha se mostra legítimo.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DE PROJETOS DE LEIS, DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, GESTORES DE NORMALIDADE E REALIDADE SOCIAL ATUAL

A organização da sociedade através de leis, passa a dar para sua população um sentimento de pertencer aquele meio, no qual se sente acolhido, independente do âmbito que se apresentar:

Em uma sociedade tribal, as pessoas se relacionam umas com as outras através do parentesco (que pode ser parcialmente mítico); em uma sociedade religiosa, o pertencimento é determinado pelo ritual e pela fé; em uma sociedade política, as relações sociais são governadas pela lei e, no Estado secular moderno, a lei é criada pelos cidadãos, usualmente através de representantes eleitos, e imposta por uma autoridade soberana. Essas três formas de sociedade - tribal, religiosa e política — podem ser encontradas no mundo de hoje, embora tenha sido a emergência da ordem política a inspiração original para o conservadorismo moderno. Em uma leitura dos eventos, aliás, o conservadorismo surgiu como tentativa de manter os valores do parentesco e da religião em comunidades que estavam sendo reorganizadas por uma lei puramente política (SCRUTON, 2021, p. 11).

Todavia, para de fato transparecer essa sensação para aqueles que por elas são regidos, os ordenamentos devem estar em sincronia com a evolução para que se alcance uma harmonia e coerência com a realidade, para tanto há representantes para que assim o façam.

Além da importância dessa congruência de fatores, a validação dos dispositivos de leis se torna necessária para confirmar suas efetivas eficácias, em conjunto com entendimentos jurisprudenciais norteadores de conduta para os casos e suas especificidades. Desencadeando para tanto, o panorama oriundo do somatório desses fatores, que irá apresentar dados e indícios para as retificações a serem realizadas no futuro.

3.1. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Muito se falou da parte histórica e de teorias, contudo na prática é que irá se identificar como o poder judiciário vem se portando. De antemão, para melhor compreensão dos julgados, importante trazer a conceituação dada pela Organização

Mundial da Saúde (OMS), na qual Zugaib e Francisco (2016) se basearam, trazendo que é considerado aborto a retirada ou expulsão do feto que pese até 500 gramas ou que se encontre antes da 20ª semana de desenvolvimento, já que após isso o feto começa a ter viabilidade de vida extrauterina.

Ao percorrer o campo das jurisprudências mais antigas, se encontrou uma gama de decisões análogas as abaixo transcritas, onde a viabilidade foi fator decisivo para a negativa do procedimento:

APELAÇÃO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ABORTO TERAPÊUTICO. INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ. DECURSO DO TEMPO. PERDA DO OBJETO. Constatado que a gestação já pode ser considerada a termo, não se trata mais de aborto, mas de procedimento de antecipação de parto, que prescinde de autorização legal. Sem desconsiderar o debate profundo para a apreciação do Judiciário, envolvendo a proteção da saúde da mulher, garantia de sua dignidade e liberdade, direitos sexuais e reprodutivos, entre outros, o fato é que, diante do decurso do tempo, a presente ação, que visava o deferimento de autorização para realizar aborto, perdeu o seu objeto. RECURSO PREJUDICADO.³

HABEAS CORPUS. AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. ABORTO NECESSÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE RISCO DE MORTE À GESTANTE. ABORTO HUMANITÁRIO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OCORRÊNCIA. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VULNERABILIDADE. TEMPO DE GESTAÇÃO AVANÇADO. ORDEM DENEGADA. 1. O pedido de interrupção da gravidez está alicerçado nas complicações geradas à saúde da jovem e na configuração do ato infracional análogo ao estupro de vulnerável, dada a presunção absoluta de violência. 2. Conquanto haja a defesa comprovado a existência de determinados fatores acidentais na gravidez da jovem, não há documento assinado por profissional da saúde que demonstre o seu iminente risco de morte. Infirmar a conclusão alcançada pela Corte de origem demandaria necessária dilação probatória, iniciativa inviável no âmbito desta ação constitucional. 3. Em que pese o caráter limítrofe da situação apresentada - um casal de namorados, ela com 13 e ele com 14 anos de idade, que, em decorrência de ato sexual consentido, enfrenta o peso de uma gravidez não desejada -, a rigor, se trata de caso de ato análogo a estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal). 4. Acerca da configuração do delito em situações como a dos autos (na espécie, ato infracional análogo), por força do recente julgamento do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa

³ (Apelação Crime Nº 70073304305, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 23/08/2017). (TJ-RS - ACR: 70073304305 RS, Relator: Rinez da Trindade, Data de Julgamento: 23/08/2017, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2017)

menor de 14 anos. 5. A vulnerabilidade da vítima é o elemento definidor para a caracterização do delito, de modo que o fato de ser o agente ainda um adolescente não exclui a ocorrência do ato infracional. Configurada a presunção de violência, houve ato infracional análogo ao caso de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), circunstância que, por si só, permitiria a autorização do procedimento. 6. A gravidez encontra-se, aproximadamente, na trigésima primeira semana, de modo que, a esta altura, uma intervenção médica destinada à retirada do feto do útero materno pode representar riscos ainda maiores tanto à vida da paciente quanto à da criança em gestação. 7. Habeas corpus não conhecido.⁴

Aprofundando-se nas decisões acima postas, tem-se no primeiro caso uma gestante portadora de tumor e correndo risco de vir a óbito tendo em virtude da impossibilidade de dar início em seu tratamento quimioterápico devido a gravidez; já o segundo caso, é composto por uma gravidez de pessoa vulnerável, levando em consideração que os genitores são ambos menores, ela com 13 anos de idade e ele com 14 anos. Nas duas situações apresentadas, o congestionamento do judiciário fez com que se perdesse o objeto do processo, vez que se chegou a um estágio muito avançado de gravidez para realizar o aborto, ou seja, mesmo nas hipóteses em houve configurado o direito de abortar, a morosidade do Estado não permitiu que ele se concretize.

Já com relação a casos mais recentes, o judiciário passou a de fato os priorizar, dando a urgência e importância que o tema merece, já que se trata do destino de duas vidas, a da mãe e a do feto, não tendo influência direta na vida do genitor, conforme pode se analisar:

HABEAS CORPUS. CÓDIGO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ART. 217-A. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DOS FATOS E AUTORIA. Prisão preventiva decretada porque o paciente teria praticado conjunção carnal, diversas vezes, com sua enteada, criança menor de quatorze anos. Foi constatada a gravidez da ofendida, sendo assim ela encaminhada ao atendimento psicológico junto ao IGP-CRAI-POA, e realizou o procedimento de aborto. Colhido o material genético do feto e do paciente para exame de DNA, o resultado do exame confirmou a compatibilidade genética entre eles. Certa a existência dos fatos e presentes indícios suficientes da autoria. FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. Decisão que guarda suficiente fundamentação. Presença do requisito do art. 312 do CPP – garantia da ordem pública – e do inciso I do art. 313, também do CPP. Acerca da contemporaneidade da prisão, vale

⁴ (STJ - HC: 359733 RS 2016/0157669-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 23/08/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2016)

destacar que tudo ocorreu entre 24.10.2020 e 26.12.2020 na residência da ofendida, que é enteada do paciente, o que mostra a contemporaneidade necessária à prisão. PREDICADOS PESSOAIS. Predicados pessoais, mesmo que favoráveis não autorizam a liberdade. Ausência de ofensa aos princípios da presunção de inocência, uma vez que a Constituição Federal admite, paralelamente, a prisão em flagrante e a prisão preventiva, seja por conversão, seja de forma independente. MEDIDAS CAUTELARES Medidas cautelares diversas não se mostram suficientes, considerando a natureza e características do delito, bem analisadas na decisão determinante da prisão. ORDEM DENEGADA. UNÂNIME.(Habeas Corpus Criminal, Nº 51068461420218217000, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em: 09-08-2021) ⁵.

Mandado de Segurança. Liminar. Pedido de interrupção de gravidez. Aplicação do art. 168, §2º, do Regimento Interno do TJSP. Urgência e relevância do caso posto a julgamento. Feto portador de Síndrome de Body Stalk. Presença de malformações incompatíveis com a vida extrauterina. Diagnóstico apresentado por três médicos. Preservação da dignidade da gestante que se impõe. Concessão da liminar. Expedição do alvará autorizativo⁶.

Nos referidos casos, tem-se que no primeiro a ofendida foi vítima de estupro por seu padrasto, tendo o devido acompanhamento psicológico e a realização do procedimento do aborto; no segundo, o abortamento foi concedido tendo em vista a existência de síndrome que acometeu o feto, tornando a vida fora do útero comprometida. A presteza desses julgamentos é a que se espera quando se ingressa com um processo dessa natureza, já que só assim se conseguirá preservar de fato os direitos garantidos constitucionalmente.

Por fim, cabe a análise do caso abaixo, o qual demonstra o grande impacto que o Estado tem na vida de mulheres que passaram por uma situação de estupro, engravidando de um fruto desse crime, e pela morosidade do processo legal em conjunto com o avanço gestacional, são impedidas de retirar o feto, não havendo outra opção senão a de prosseguir com a gestação:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ PROVENIENTE DE ESTUPRO. DIREITO INDIVIDUAL. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA. LESÃO À ORDEM JURÍDICA. NÃO

⁵ (TJ - RS: 51068461420218217000, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Quinta Câmara Criminal, Julgado em: 09-08-2021)

⁶ (TJ - SP: 2006276-13.2023.8.26.0000, Relator: Marcos Alexandre Coelho Zilli, Décima Sexta Câmara Criminal, Julgado em: 26-01-2023)

CABIMENTO. PROPOSIÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO⁷.

Conforme os termos pelos quais a decisão foi embasada, o limite máximo para abortamento nos casos previstos em lei, seria até a 22ª semana, de acordo com consenso jurídico e médico. Em análise a legislação presente hoje, não se encontra pré-estabelecida até que semana com exatidão é o limite que se pode realizar a retirada do feto, porém além do amparo jurisprudencial e científico, se encontrou algumas decisões que fazem menção a legislação de Portugal, na qual nessas situações consta com precisão a semana máxima para realizar o procedimento, conforme apresentado abaixo:

A interrupção voluntária da gravidez é permitida, por opção da mãe, desde que seja realizada ou supervisionada por um médico e realizada num estabelecimento de saúde oficial, nas primeiras 10 semanas de gravidez. Depois desse período, a interrupção voluntária da gravidez é também permitida, até às 12 semanas de gravidez, se for indicada para evitar a morte ou danos físicos ou psicológicos graves e duradouros da grávida, até às 16 semanas de gravidez, se a gravidez resultar de violação ou abuso sexual da grávida, e até às 24 semanas de gravidez, caso se preveja que o bebé venha a sofrer de doença grave ou malformação congénita incuráveis (FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS).

Afirma Vicente (2020) que, a conduta de Portugal ao lidar com o tema é apontada em reuniões internacional como um espelho a ser seguido pois conseguiu através da descriminalização do aborto e de políticas públicas eficazes, diminuir de maneira relevante a mortalidade e internação de mulheres por complicações decorrentes desse, além de ter diminuído também o número de aborto provocados intencionalmente.

Assim, nos termos do apanhado jurisprudencial realizado, se percebe que o decurso do tempo para atender um processo dessa natureza é de suma relevância, vez que mesmo configurado o direito, vai ser o lapso temporal que irá dar a confirmação final da decisão. Ficar à mercê da sorte de ter um processo com rápido atendimento e tramitação, sabendo o quão abarrotado o judiciário está, é um procedimento arriscado, onde por uma falha do Estado ao dar a prioridade

⁷ (STJ - SS: 3494 - SP (2023/0445732-6), Relatora: Ministro MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 09/12/2023, T6, Data de Publicação: DJe 12/12/2023)

necessária para esses casos, a genitora passará a ser encarregada por administrar as consequências pro resto de sua vida, seja fisicamente com um bebê para criar, ou psicologicamente.

3.2. ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEIS E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Com o intuito de atualização normativa, é possibilitado aos representantes políticos a apresentação de propostas de Leis para criação e/ou complementação das já existentes, bem como de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que nada mais é do que o procedimento utilizado para rever um ato normativo vigente quando se tem indícios de que esse esteja ferindo um direito constitucional.

Em alinhamento com o exemplo dos demais países democráticos e em desenvolvimento, se encontra em tramitação o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, também chamado de Novo Código Penal, de autoria do Senador José Sarney, no qual visa ampliar os casos de possibilidades de aborto, principalmente o autorizando até a 12ª semana de gravidez, quando, através de laudo médico ou psicológico, for atestando que a mulher não tem condições psicológicas de levá-la adiante:

Art. 128. Não há crime de aborto:

[...]

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu

representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro (SENADO FEDERAL, 2012).

Compulsa-se aos termos de tal projeto, pode-se perceber que esse não dá autonomia a mulher, mas novamente a diminui quando a coloca em lugar de adoecida mentalmente para só então conseguir alcançar o direito pleno sobre seu próprio corpo e conduta da sua própria vida, do contrário, teria que permanecer com a gravidez indesejada. Não faz sentido deslegitimar a escolha de se tornar mãe ou de não ter filhos, e passar a ver essa como válida apenas quando a genitora estiver em uma posição de fraqueza e vulnerabilidade, que é como uma pessoa sem condições psicológicas de agir fica.

Outro projeto de Lei que se encontra em tramitação é o de nº 2.007, de 2022, de autoria do Ex-Senador Lasier Martins, visando em específico sanar a problemática da impossibilidade de cumprimento de um direito, qual seja, o de abortar nos casos previstos em lei, diante da avançada gravidez e/ou viabilidade do feto, bem como do direito de preservar à vida desse, propondo acrescentar no artigo 128 do Código Penal o parágrafo único que segue:

Art.128. (...)

[...]

Parágrafo único. No caso do inciso II deste artigo, havendo viabilidade fetal, na forma definida em regulamento, proceder-se-a à interrupção da gravidez, seguida da instituição das medidas terapêuticas e de suporte vital necessárias à preservação da vida do neonato (SENADO FEDERAL, 2022)."

Nesse sentido, pode-se ver que o Ex-Senador trouxe uma abordagem de interromper a gravidez nos casos de estupro e de consentimento da vítima (inciso II do art. 128), mesmo se essa já estiver em patamar avançado, já que nesse estágio após o abortamento, se utilizaria os meios necessários para fazer com que o feto permanecesse vivo fora do útero. Muito embora seja uma maneira de tentar preservar a vida do feto, sem dúvidas acarretará em consequências psicológicas para a genitora, já que o fruto do crime de estupro vai ser "cultivado" e passará a viver.

Apesar da dificuldade em se chegar em um perfeito equilíbrio de justiça nesses casos, a descriminalização do aborto sem dúvidas faria com que fosse evitado se chegar a tal questionamento, já que desnecessária seria a passagem da maioria dos casos pelo âmbito judiciário.

De outra banda, se apresenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, a que como as demais, se encontra ainda em tramitação. Tal arguição foi provocada no Supremo Tribunal Federal pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ainda em 2017, almejando a descriminalização do aborto prevista nos arts. 124 e 126 do Código Penal, com o fundamento de que esses estariam ferindo os princípios da:

“(...) a dignidade da pessoa humana, da 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 (decorrentes dos direitos à liberdade e igualdade) (BRASIL, 2018).”

Tal arguição aponta que haveria um limite para retirada do feto até a 12ª semana, já que até aí não haveria afronta a dignidade da pessoa humana e a vida desse, pugnando pela não intervenção do Estado até tal estágio da gravidez, com a permissão do abortamento nesse lapso temporal e autorização dos profissionais da saúde para que o efetuem. Nesse caso, conforme já mencionado, evitaria que as garantias previstas para a mulher não fossem aplicadas.

Por fim, relevante mencionar que se encontra ativo o Projeto de Decreto Legislativo nº 343, de 2023, o qual, pela complexidade do tema e por trazer fundamentando que levem em consideração a laicidade do Estado, está buscando recorrer a uma votação popular por meio de plebiscito, para que através dessa seja decidido acerca da descriminalização ou não da prática do aborto também até a 12ª semana.

Nesse contexto, se analisa que o embasamento na ciência tem sido fortemente utilizado, sobretudo nessas últimas duas propostas, sendo um caminho

importante a ser considerado para além dos costumes. Em casos complexos como se apresentam tais discussões, há se der pontuado que quando se possui dúvidas ou dificuldades a respeito de algum assunto em pauta, os votantes tem a possibilidade de acesso a consultorias com especialistas e profissionais que dominam o assunto, facilitando o embasamento desses ao proferir um voto, e também fazendo uma ponte entre esse setor especializado e os cidadãos que por motivo acadêmico, pessoal ou profissional queiram o consultar, assim o fazendo por meio dos representantes políticos.

Pode-se ver assim que, pelo longo período de tramitação para análise e votação dos Projetos e da Arguição, resta clara a resistência ao se fazer alterações acerca de um tema tão polêmico como o aborto, assim como se observa nas votações acerca da descriminalização da maconha, aparentando que os governos querem afastar tais julgamentos de seus mandatos.

Assim, permanece presente a morosidade demasiada no poder judiciário que afeta diretamente e diariamente a vida física e psicológica das mulheres que não encontram ou não conseguem buscar outro meio se não o de ser mãe.

3.3. GESTORES DE NORMALIDADE

Em que pese haja uma legislação vigente que criminalize a interrupção da gravidez em casos de não ocorrência de estupro, de não haver risco para a gestante e/ou o feto não ser anencéfalo, sua eficácia vem se mostrando ser baixíssima. Hoje encontrar uma clínica clandestina ou ter acesso a medicamentos que induzam o aborto não é mais um segredo, estando tão disponível no “mercado” quanto drogas ilícitas, a qual:

Vista de uma perspectiva psicossociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente - isto é, em relação às outras pessoas - prejudiciais (...) (KELSEN, 1988, p. 26).

De acordo com Kelsen, uma norma pode existir e ao mesmo tempo não ser vigente, não ter ainda sua validade confirmada, da mesma forma que pode ser vigente e não ser eficaz, não ter de fato aplicabilidade e respeito dos que à ela se submetem, sendo pontual ao afirmar que "A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência (KELSEN, 1988, p. 12).".

Todavia, essa ineficiência da norma por desobediência pode se encaixar no pensamento trazido por Dworkin, de que:

A desobediência civil envolve aqueles que não desafiam a autoridade de maneira tão fundamental. Eles não vêm a si mesmos - nem pedem aos outros que os vejam desta forma - como pessoas que estão buscando alguma ruptura ou reorganização constitucionais básicas. Aceitam a legitimidade fundamental do governo e da comunidade; agem mais para confirmar que contestar seu dever como cidadãos (KELSEN, 2001, p. 155).

Nesse sentido se remete a pensar que as pessoas que cometem tais as práticas realmente não buscam visibilidade, mas resolver algo com o seu eu, com o que deveria ser de seu domínio que é corpo, e conseqüentemente acabam, mesmo que de modo vagaroso, acarretando em rupturas de padrões que influenciam de forma direta nas reorganizações normativas, mostrando que o direito é só uma tentativa de em um âmbito ter uma organização, mas não o suficiente quando com as dimensões de poderes existentes na sociedade, sejam elas políticas, dimensões advindas da própria conduta do cidadão, do núcleo educacional, entre outras dos demais cenários que possam existir.

Na mesma senda, Divan (2020) traz a questão do ato como elemento da norma, haja vista que quando se encontram brechas no sistema, essas exceções passam a ser vistas como parte da regra e/ou a própria regra. Assim, se faz uma conexão não apenas com a prática corriqueira que é a realização do aborto clandestino, mas também a preocupante falha na eficácia da lei vigente pela morosidade da máquina jurídica, podendo se observar que:

(...) o controle da transgressão começa a perder o sentido quando o sentimento de culpa pela prática da conduta ilícita torna-se inexistente. Quando a transgressão começa a acontecer sem qualquer autopunição, mas sob um véu de moralidade, a inibição da prática passa a se tornar letra morta, ou seja, acontece na teoria, mas na prática, não. E, por sua vez, quando uma punição se torna letra morta, mas mesmo assim persiste nos seios da sociedade, ela existe somente para atender a padrões de moralidade longe da realidade enfrentada pelos sujeitos integrantes dessa sociedade. A punição, destoante das práticas sociais, passa a existir, tão somente, para exercício do controle social por parte de uma classe política e religiosa, mas não condiz com a vontade de seu povo (VALLE, 2018, p. 60).

A eficácia da norma no ponto se dá através do subconsciente, o qual abarcado com o sentimento de culpa ou por falta de recursos financeiros faz com que as mulheres que querem realizar a prática repensem sobre; já as que possuem poucos recursos e insistem na busca pela realização do procedimento, são obrigadas a recorrer à métodos de baixo custo, elevando o nível de periculosidade da ação, levando-as muitas vezes à graves complicações e/ou morte (SANTOS, 2013), considerando que:

A desobediência baseada na integridade é defensiva: tem como objetivo apenas que o agente não faça algo que sua consciência proíbe. A desobediência baseada na justiça, ao contrário, é instrumental e estratégica: procura um objetivo geral - o desmantelamento de um programa político imoral (DWORKIN, 2001, p. 160-161).

Assim, refletindo de forma direta na saúde pública e ressaltando desigualdades sociais, confirmando o alto percentual de complicações pela tentativa de aborto ilegal apresentados nos dados que demonstram que o “SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020 (ACAYABA; FIGUEIREDO, 2020)”. Além do mais:

Estudos e inquéritos nacionais confirmam que gravidez não planejada/pretendida é uma realidade nas trajetórias reprodutivas das mulheres, principalmente as negras, sendo estas mais expostas à realização do aborto clandestino e inseguro (PRIETSCH et al., 2011; BRASIL, 2009; PERPÉTUO, 2000 apud GÓES, 2018).

Acreditando Dworkin (2001) que, o agente da infração legislativa não se coloca em um lugar de vitimização ou de dramaturga, ansiando punição pelo crime

que cometeu, quando se encontra no lugar de ter tal atitude com base na sua integridade moral, cumprindo com o que se propôs a fazer muito melhor se ninguém mais souber. No mesmo sentido se frisa que:

A desobediência civil, quaisquer que sejam as diferenças adicionais que possamos desejar estabelecer nessa categoria geral, é muito diferente da atividade criminosa comum, motivada por egoísmo, raiva, crueldade ou loucura. É também diferente - isso é mais facilmente negligenciado - da guerra civil que irrompe em um território quando um grupo desafia a legitimidade do governo ou das dimensões da comunidade política. A desobediência civil envolve aqueles que não desafiam a autoridade de maneira tão fundamental. Eles não vêem a si mesmos - nem pedem aos outros que os vejam desta forma - como pessoas que estão buscando alguma ruptura ou reorganização constitucional básicas. Aceitam a legitimidade fundamental do governo e da comunidade; agem mais para confirmar que contestar seu dever como cidadãos (DWORKIN, 2001, p. 155).

Nessa senda, resta clara que a permanência de influências externas na norma, seja pelos costumes, religião ou pela moral, a qual já é pouco cumprida e traz mais prejuízos do que benefícios às mulheres, ao feto e ao Estado, expondo a visão de que “a posibilidad de un Derecho injusto tiende a disolverse porque tiende también a disolverse el dualismo moral crítica/moral social y, por extraño que parezca, el Derecho democrático se erige en juez de su propia justicia (GARGARELLA, 2020, p. 113)”. Já estando hoje presente o gerenciamento de uma normalidade paralela a legislação, haja vista que:

Conforme a PNA, o aborto é uma prática generalizada em todos os grupos sociais e as mulheres não deixam de realizar o procedimento por ser considerado um crime na legislação brasileira. Elas o fazem de forma clandestina e a consequência é que quase metade delas, isto é, 46% das entrevistadas que fizeram aborto, precisaram ser internadas para finalizar o procedimento, evidenciando o risco que a prática do aborto clandestino representa para a saúde da mulher (NADER; MORGANTE, 2019, p. 36).

Desse modo, se conclui meio dos dados levantados pela Pesquisa Nacional do Aborto (PNA), restou demonstrado que apesar das normativas, a realidade foi socialmente reconfigurada pela conduta dos cidadãos, trazendo pressão nos entes públicos para que esses tomem providências a seu respeito, seja através de atualizações legislativas ou movimentos políticos, mas que tragam os suprimentos necessários para alcançar as condutas da nova realidade apresentada, atingindo assim uma gama de benefícios amplos que vão muito além de fazer um ser viver a

qualquer custo.

3.4 REVISÃO DO CONCEITO DE ABORTO DIANTE DA REALIDADE SOCIAL ATUAL

Se atentar a paisagem geral do tema é de suma importância para entender como se chegou até o que se tem hoje preestabelecido e conjuntamente não esquecer o que passou, evitando quaisquer possibilidades de retrocessos, até porque, são essas bases que serão levadas em considerações na criação de eventuais projetos que visarem mudanças.

Nesse panorama, cristalina que as medidas presentes hoje para evitar uma gravidez indesejada no Brasil são insuficientes e precaríssimas, mostrando situações onde de um lado precisa se analisar a possibilidade e viabilidade da vida extra uterina, e do outro o respeito para com a autonomia da mulher perante seu próprio corpo, no que concerne aos seus direitos sexuais e reprodutivos.

Cabe a ênfase de que aproximadamente nenhum país democrático e em desenvolvimento no mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre com direito penal, aí incluídos Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália, exatamente por existirem meios menos traumáticos para tanto. Aliás, o Anis Instituto De Bioética (2019) traz foco para o fato da América Latina ser o local com leis mais restritivas e com maior percentual de realizadoras de aborto. Sendo demonstrado também, como anteriormente trazido sobre Portugal, que nos países onde houve a descriminalização da prática houve queda tanto no percentual de mortalidade da mulher quanto no de recorrer a ela.

Nessa direção, se verifica que de acordo com as especificações técnicas da Organização Mundial da Saúde (OMS) (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2014), o procedimento do aborto em si possui além de baixos riscos, baixo custo, em vezes independentemente até mesmo de internação, sendo que “(...) apenas de 2 a 5% das mulheres que realizam aborto com medicamentos confiáveis podem necessitar de intervenção médica posterior (ANIS INSTITUTO DE BIOÉTICA, 2019, p. 3).”.

Para a realização do aborto, Zugaib e Francisco (2016) apontam que o mais comum é se realizar procedimento cirúrgico, todavia, a administração do medicamento misoprostol no primeiro trimestre se apresentou como um método eficaz e seguro para mulheres que desejam evitar cirurgia, se tornando uma alternativa com bom custo-benefício, já que apresenta bons resultados, poucos efeitos colaterais e é de fácil armazenamento. Com relação a segurança da prática, dados apresentados pelo Anis Instituto De Bioética (2019) apontam que, há 14 vezes mais chances de a mulher vir a óbito no parto do que na realização do abortamento.

Ademais, recentemente a França se tornou referência mundial ao ser o primeiro país a inserir o direito de interrupção da gravidez em sua Constituição. Mesmo já possuindo em seu ordenamento a prática do aborto considerada legal até a 14ª semana, a inclusão desse direito na norma constitucional implica em uma maior estrutura de proteção para esse, que passou a se tornar então um direito fundamental, sendo uma segurança significativa para com a liberdade individual das mulheres, digna de tal nível de segurança.

Há estruturalmente, uma complexidade descomunal sobre como entrar em um consenso equilibrado entre o conservadorismo e o liberalismo, de modo que não se trata apenas sobre decidir com um “sim” ou “não”, existe todo um contexto social, cultural e religioso enraizado na sociedade brasileira que impulsiona o sistema constitucional a considerar muito além da escolha privada. Todavia, as dimensões de poder que o tema adentra, quais sejam, poder político, social, econômico, jurídico, fomenta que mais de um desses âmbitos em conjunto tomem a iniciativa para a interferência na situação atual, haja vista que os projetos de Lei e a Arguição

em tramitação, além da morosidade na conclusão e votação, ainda se mostram carente da existência um corpo estruturado de norma que realmente traga mudanças efetivas.

Para que tais medidas ocorram, há de ser em paralelo desromantizada a ideia de maternidade e de obrigatoriedade da mulher amar o produto da concepção mais do que tudo, trazendo uma bifurcação entre ser imoral por retirar o feto ou pensar em assim fazer, e agir contra sua própria vontade ao manter a gestação e administrar as mudanças que virão.

Essa escolha precisa vir de um lugar de seriedade e consciência, sem divagações pelo não palpável, já que a opção de colocar outro ser no mundo que será totalmente responsável por você nos primeiros anos de vida é extremamente complexa. Ainda, há quem diga que nos casos de não querer a criança, a genitora poderá a colocá-la para adoção. Essa opção não entra no debate em se tornar legítima ou não a escolha de ser mãe, já que vem acompanhada de culpa, desde como seu filho ficará e será cuidado no orfanato, até a respeito da família que o adotar, a curiosidade de saber como ele é, e saber que pode se cruzar com ele em algum outro momento da vida são pontos que pesam psicologicamente, até porque as vezes não é só por não querer, mas também pelo não poder criar dignamente a criança que se opta pelo aborto.

Nesse caminho, carregada de um sentimento de culpa e as vezes amor que cerca aquela possível mãe, a influenciará, na maioria das vezes, a ficar e criar o seu fruto, mesmo que isso a traga sacrifícios, não sendo assim uma escolha consciente e advinda de um lugar de neutralidade, mas sim com completa indução pelo meio que se apresenta.

Chega um momento que a história em que a mulher precisa ser afastada do estereótipo de incapaz, de posição de sentimentalidade, de um ser considerado inferior e com fragilidades. Esses termos que podem ser utilizados pra várias coisas, mas jamais para configurar a mulher atual, a qual está criando espaço para si nos

âmbitos públicos e privados, a fim de tornar possível e acelerar essa caminhada em busca de mostrar as suas reais características, as quais são bem distintas das que tentaram às imputar.

CONCLUSÃO

De modo geral, se chegou ao objetivo almejado, trazendo a bagagem histórica do aborto no Brasil e no mundo, correlacionada com a visão da mulher na sociedade, a qual foi posta em lugar de submissão e de figura responsável por dar conta tanto do lar quanto dos filhos, sendo considerado esse um trabalho invisível e na maioria das vezes sem remuneração perpetuado até hoje. Tais recortes históricos foram fundamentais para se entender a visão macro tanto do contexto em que a criminalização se deu, quanto dos encargos e da legitimidade da mulher ao não querer ser mãe.

Entre essa figura da mulher, os direitos fundamentais foram abordados de modo a compreender suas funções dentro da normativa jurídica, bem como trazendo à tona que o pleno gozo desses se relaciona diretamente com a renda percebida pelo cidadão, principalmente no tocante ao direito a liberdade reprodutiva. Em conjunto, se explanou a influência moral e religiosa enraizada na norma que torna o aborto crime, encontrando lacunas, seja pela não observância da visão científica, como pede um Estado laico, ou por invalidar a vida do feto em casos específicos na lei, até no máximo a 24ª semana (a depender do Tribunal), mas não possibilitar o aborto sem motivação até tal período.

Nesse contexto, se apresentou as possíveis atualizações que estão tramitando, todavia, apresentando tamanha morosidade e ponto de não acompanhar o avanço social, já que hoje a ineficácia da criminalização do aborto é fato, sendo comprovada por meio de gestores de normalidade apresentados, e suas consequências física e mentais para as gestantes, sobretudo para as de poucos recursos trazem sérios impactos para a saúde pública. Cabe nesse meio a inspiração do modelo federativo americano, no qual os estados tem competência para legislar sobre tal matéria, sendo essa dissipação do poder de grande relevância haja vista que se consegue ter nas leis o reflexo real das dificuldades apresentadas pelos cidadãos assistidos.

Dessa forma, a apresentação de uma legislação laica que traga autonomia

às mulheres para com seu próprio corpo, acompanhando as atualizações científicas e tecnológicas, bem como pautado em valores e costumes apresentados pela sociedade atual, teoricamente surtiria o efeito positivo de preservar o desgaste físico e mental da mulher quando se trata de aborto, vez que “(...) nós, seres racionais, precisamos de costumes e instituições que sejam fundados em algo além da razão se quisermos usar nossa própria razão com eficácia (SCRUTON, 2021, p. 13).”

Se anseia por uma evolução no Estado que além de atualizar a legislação penal, promova a capacitação de uma equipe profissional para realizar as práticas abortivas, amparando os familiares e a própria paciente, desenvolvendo um ambiente de diálogo acerca das dúvidas e vontades das partes, além de sistematizar maior acesso aos serviços públicos de saúde, com uma forma de política pública preventiva mais acolhedora, e não repulsiva, para que de fato surjam os efeitos esperados e cada vez mais afastados com criminalização presente.

Em conjunto, a proporcionalização de uma maior representação da mulher na política do país passaria a “(...) dar visibilidade a identidade da mulher enquanto mulher e isso só possível quando o cenário político brasileiro apresentar um número maior de mulheres ocupando cargos eletivos na política (LUZ, 2017, p. 30).”. Além de trazer essa identidade, nivelaria as votações, haja vista que no passado já ocorreu a supressão de direitos da mulher imposta por leis criadas exclusivamente por homens, e garantiria que temas pertinentes a essa fossem debatidos com maior cuidado para com quem a lei vai se aplicar.

Nessa abordagem, as dimensões de poder que contemplam uma sociedade se relacionam direto ao tema, já que a situação do abortamento foi composta, do modo como se apresenta hoje, de acordo como essas se direcionaram, carecendo uma nova movimentação desses poderes presentes do Estado para que a normativa se adeque a nova realidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACAYABA, Cíntia. FIGUEIREDO, Patrícia. SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020. **G1**. São Paulo 20/08/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/20/sus-fez-809-mil-procedimentos-apos-abortos-malsucedidos-e-1024-interrupcoes-de-gravidez-previstas-em-lei-no-1o-semester-de-2020.ghtml>. Acesso em: 02 agos. 2023

ANDES SINDICATO NACIONAL. **Suprema corte dos EUA anula direito constitucional ao aborto**. 27 jun. 2022. Disponível em: <https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/suprema-corte-dos-eUA-anula-o-direito-constitucional-ao-aborto1>. Acesso em: 22 jul. 2023.

ANIS INSTITUTO DE BIOÉTICA. **Aborto: por que precisamos descriminalizar?: Argumentos apresentados ao Supremo Tribunal Federal na Audiência Pública da ADPF 442**. Brasília: LetrasLivres, 2019. Disponível em: <https://anis.org.br/publicacoes/aborto-por-que-precisamos-descriminalizar-argumentos-apresentados-ao-supremo-tribunal-federal-na-audiencia-publica-da-adpf-442-2019/>. Acesso em: 31 jan. 2024.

Apelação Crime Nº 70073304305, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 23/08/2017). (TJ-RS - ACR: 70073304305 RS, Relator: Rinez da Trindade, Data de Julgamento: 23/08/2017, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2017.

BARRETTO, Raquel Silva; FIGUEIREDO, Ana Elisa Bastos. construções científicas sobre o aborto no brasil entre 2010 e 2018. **Revista Gênero**, v. 22, n. 1, 2021.

Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=CONSTRU%20C%87%20C%95ES+CIENT%20C%8DFICAS+S OBRE+O+ABORTO+NO+BRASIL+ENTRE+2010+E+2018+Raquel+Silva+Barretto1 +Ana+Elisa+Bastos+Figueiredo2&btnG=. Acesso em: 21 jun. 2023.

Bíblia. (1990). **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Paulus.

BRASIL. **Decreto 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Entidades de Fiscalização do Exercício das Profissões Liberais. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.173, de 23 de novembro de 2017**. Diário Oficial da União, 15 dez. 2017, ed. 240, seção 1, p. 50-275. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Presidente da República [1984]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art107. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. **Lei de 15 de dezembro de 1830**. Imperador, [1831]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996**. Presidente da República [1996].

Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm#:~:text=DO%20PLANEJAMENT%20FAMILIAR-,Art.,pelo%20homem%20ou%20pelo%20casal. Acesso em: 16 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 442**. Decisão de convocação de audiência pública. Requerente:

Partido Socialismo e Liberdade. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, Brasília: 23 de março de 2018. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313996268&ext=.pdf>.

Acesso em 13 fev. 2024.

CARMO, Vanessa Ferreira do; CANHEDO, Nathalia. Valorizando o invisível:

reconhecimento do trabalho doméstico não remunerado feminino na decisão da 12ª câmara cível do tribunal de justiça do Paraná. **Revista JRG de Estudos**

Acadêmicos, v. 7, n. 14, p. e14965-e14965, 2024. DOI:

<https://doi.org/10.55892/jrg.v7i14.965>. Disponível em:

<http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/965>. Acesso em: 10 mar. 2024.

CHACEL, Marcela Costa da Cunha. CATIVEIRO DA MATERNIDADE, DISPOSITIVO E PEDAGOGIA DA MULHER-MÃE: REFLEXÕES INICIAIS. **Revista Mosaico-**

Revista de História, v. 16, n. 4, p. 173-189, 2024. DOI:

<https://doi.org/10.18224/mos.v16i4.13537>. Disponível em:

<https://seer.pucgoias.edu.br/index.php/mosaico/article/view/13537>. Acesso em: 10 mar. 2024.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos humanos

econômicos, sociais e culturais. **Conferência no Encontro Nacional dos Procuradores da República**, Manaus, 2001.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da. **Direitos humanos e vida extrauterina: risco versus responsabilidade na manipulação de matéria biológica humana nos tratamentos de reprodução medicamente assistida**. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

DA SILVA, Diego Nassif; BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais no Brasil: Uma história de inefetividade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 3, p. 999-1028, 2016. DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369422507>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22507>. Acesso em: 27 jan. 2024.

DINIZ, Debora. **Aborto e saúde pública no Brasil**. Brasília, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2007000900001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/43jcQvm8tKHNZBCyLStzGMp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 jan. 2024.

DIVAN, Gabriel. **Revolução permanente: ensaio crítico sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FEDERAL, SENADO. Projeto de Lei do Senado n 236, de 2012. **Novo Código Penal**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 01 fev. 2024.

FEDERAL, SENADO. **Projeto de Decreto Legislativo nº 343, de 2023**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160194>. Acesso em: 18 jan. 2024.

FEDERAL, SENADO. **Projeto de Lei do Senado n 2007, de 2022**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154136/>. Acesso em: 18 jan. 2024.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS. **Em que condições é admissível a interrupção voluntária da gravidez em Portugal?**. Disponível em: <https://ffms.pt/pt-pt/direitos-e-deveres/em-que-condicoes-e-admissivel-interruptao-voluntaria-da-gravidez-em-portugal>. Acesso em: 30 jan. 2024.

França é o primeiro país do mundo a incluir o aborto na Constituição. **CNN**. 04 mar.

de 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/blogs/priscila-yazbek/internacional/franca-e-o-primeiro-pais-do-mundo-a-incluir-o-aborto-na-constituicao/>. Acesso em: 10 mar. 2024.

GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina - 1ª ed.** Argentina: Siglo XXI, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales.** 11 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

LUZ, Laura Venturini da. **Feminismo e cidadania: a representatividade política feminina no Brasil.** 2017. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2017. Disponível em: <http://tede.upf.br/jspui/handle/tede/1236>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, F. M.; SAUAIA, A. S. S. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II.** Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/02q8agmu/xk5x794s/7ENaWkTKT453JVNo.pdf>. Acesso em: 23 maio 2022.

MELO, Adriana Zawada. Direitos humanos fundamentais e o Estado de Direito Social. **Revista Mestrado em Direito**, p. 71-86, 2007.

MOORE, K.L.; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia clínica.** 8.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NADER, Maria Beatriz; MORGANTE, Mirela Marin. O aborto como crime: história, poder e violência. **GÊNERO**, p. 15, 2019.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea. 1989. pp. 199-265.

NISHIKUNI, Koshiro. **Estudo do desenvolvimento morfológico fetal e pós-natal dos sulcos cerebrais**. 2006.

OSIS, Maria José Martins Duarte. Paism: um marco na abordagem da saúde reprodutiva no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 25-32, 1998. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X1998000500011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/jJ6GcQvLRp9ygHFTTFbMZVS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 jan. 2024.

PRIORE, Mary Lucy Murroy Del. A árvore e o fruto: um breve ensaio sobre o aborto na história. **Revista Bioética**, vol. 2, nº 1. 05 nov. de 2009. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/442. Acesso em: 10 jan. 2024

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza; DUTRA, Elza Maria do Socorro. Não nascer: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto. **Psicologia em Estudo**, v. 16, p. 419-428, 2011.

SÁ, André Beltrão Gadelha de. Considerações gerais sobre o aborto. Conteúdo Jurídico, Brasília: 01 set 2016, 04:15. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47436/consideracoes-gerais-sobre-o-aborto>. Acesso em: 20 jan. 2024.

SANTOS, Vanessa Cruz et al. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, p. 494-508, 2013.

SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHLINK, Bernhard; MARTINS, Leonardo. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 11, p. 261-297, 2017.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira; GUEDES, Bianca Jandussi Walther de A.C. O crime de aborto no Código Penal de 1890. **História do Direito: RHD**. Curitiba, v.2, n.2, p. 95-116, jan-jun de 2021.

SCHOR, Néia; DE ALVARENGA, Augusta T. O aborto: um resgate histórico e outros dados. **Journal of Human Growth and Development**, v. 4, n. 2, 1994.

SCRUTON, Roger. **Conservadorismo: um convite à grande tradição**. Tradução de: Alessandra Bonruquer. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2021.

SOUZA, Valdomiro José de. O aborto no Brasil: um resgate das concepções morais católicas em contraposição aos grupos pró-aborto. **II ENCONTRO NACIONAL DO GT HISTÓRIA DAS RELIGIÕES E DAS RELIGIOSIDADES**, p. 1-13, 2009.

STJ - HC: 359733 RS 2016/0157669-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI
CRUZ, Data de Julgamento: 23/08/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação:

DJe 19/09/2016.

STJ - SS: 3494 - SP (2023/0445732-6), Relatora: Ministro MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 09/12/2023, T6, Data de Publicação: DJe 12/12/2023.

TJ - PR: 0013506-22.2023.8.16.0000, Relator: Eduardo Augusto Salomão Cambi, Décima Segunda Câmara Cível, Julgado em: 02-10-2023.

TJ - RS: 51068461420218217000, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Quinta Câmara Criminal, Julgado em: 09-08-2021.

TJ - SP: 2006276-13.2023.8.26.0000, Relator: Marcos Alexandre Coelho Zilli, Décima Sexta Câmara Criminal, Julgado em: 26-01-2023.

VALLE, Thais Chianca Bessa Ribeiro do et al. **O aborto e a caça às bruxas: as influências do Malleus Maleficarum no Código Penal Brasileiro de 1940 e suas repercussões hoje.** 2018.

VICENTE, Lisa Ferreira. Aborto por opção da mulher: a experiência portuguesa da implementação da Rede Nacional. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, Sup. 1, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00036219>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/PHyR3QFxFxG5FXkdWmWfrtDHQ/#>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ZUGAIB, M.; FRANCISCO, R.P.V. **Zugaib Obstetrícia.** 3. ed. São Paulo: Manole, 2016.