

CRIMES CONTRA À VIDA: A problemática do aborto na sociedade brasileira

CRIMES AGAINST LIFE: the abortion problematic in the Brazilian society

ANTONIO LEONARDO NUNES FERREIRA¹

SÉRGIO DENYS NASCIMENTO JÁCOME²

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo analisar o crime previsto no artigo 124, do código penal (o aborto) em uma perspectiva constitucional, fazendo apontamentos dos direitos e garantias fundamentais como a vida, e seus conceitos, a liberdade, bem como relacionando tais direitos com o direito da mulher e a livre disposição de seu corpo, além da perspectiva penal, a qual objetivou analisar a função da pena como um todo, suas consequências e a possibilidade de utilização do instituto do perdão judicial ao crime de aborto. O método utilizado para chegar a tais apontamentos foi a pesquisa bibliográfica, bem como o método documental e o hipotético-dedutivo. A partir dos métodos de pesquisa utilizados, foi possível chegar à conclusão de que além de toda a problemática jurídica, há um grande problema de viés socioeconômico, uma vez que as mulheres negras em situação de hipossuficiência são ainda mais prejudicadas no Brasil, no tocante da matéria.

Palavras-chave: Aborto, artigo 124, código penal, direitos e garantias fundamentais, constitucional, perdão judicial.

ABSTRACT

This article aims to analyze the crime provided in Article 124 of the criminal code (abortion) in a constitutional perspective, making notes of the fundamental rights and guarantees such as life and its concepts, freedom, as well as relating such rights to the woman's right and free disposal of her body, in addition to the criminal perspective, which aimed to analyze the function of the penalty as a whole, its consequences and the possibility of using the institute of pardon to the crime of abortion. The method used to reach these points was bibliographical research, as well as the documental and the hypothetical-deductive methods. From the research methods used, it was possible to reach the conclusion that in addition to all the legal problems, there is a major problem of socioeconomic bias, since black women in situations of poverty are even more disadvantaged in Brazil, with regard to the matter.

Keywords: Abortion, article 124, penal code, fundamental rights and guarantees, constitutional, judicial pardon.

1 INTRODUÇÃO

¹ ANTONIO LEONARDO NUNES FERREIRA, GRADUANDO EM DIREITO NA UNIVERSIDADE CEUMA. E-mail: leo.nunesf@hotmail.com

² Graduado em Farmácia pela Universidade Federal do Maranhão (1999). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (2012). Já atuou como assessor jurídico da Secretaria de Estado da Saúde do Maranhão. Atualmente atua como professor de Direito Penal e Processo Penal na Facam - faculdade Maranhense.

O presente artigo tem o objetivo de defender que o aborto deve ser legalizado, independentemente de estar listado nas hipóteses legais vigentes. Pretende-se, de uma maneira geral, analisar as consequências da atual legislação brasileira, sobre o aborto, na vida, na liberdade e na saúde mental da mulher, condições essas que são defendidas pelos direitos fundamentais decorrentes do princípio da dignidade humana que está presente na Constituição da República. O foco desse artigo é demonstrar a dificuldade sofrida pela mulher de ter uma vida digna por não poder decidir sobre o próprio corpo, colocando em xeque questões como a livre disposição do corpo feminino e a autodeterminação da mulher, bem como demonstrar a fossilização da legislação penal ao tratar do aborto, visto que por se tratar de um crime contra a vida irá recair na competência do tribunal do júri, tribunal este que terá como julgadores a própria população que possui em sua maioria uma visão negativa sobre o ato abortivo, o que poderia causar uma decisão completamente parcial, além de criticar a sua respectiva pena que não cumpre com a finalidade, seja ela teórica ou prática, pois não há fins de ressocialização nessa pena, a depender da perspectiva mostra apenas uma arbitrariedade do Estado em punir a mulher. Ademais, existe ainda o objetivo de levantar questões socioeconômicas relativas às mulheres em situação de hipossuficiência e a dificuldade que essas teriam de realizar um aborto, uma vez que, o preço é muito alto para pessoas de baixa condição financeira.

2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS:

Os direitos e garantias fundamentais estão elencados na Constituição Federal Brasileira a partir de seu artigo 5º até o artigo 17. De maneira geral, os direitos fundamentais são direitos que buscam a garantia do mínimo necessário para que os indivíduos possam sobreviver com dignidade em uma sociedade administrada pelo Estado. Os direitos fundamentais são norteados a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, dito isso, a definição desse princípio segundo Ingo Scarlet (2008, p. 62)

É a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nesse sentido, vale observar que a dignidade da pessoa humana irá influenciar diretamente na vida individual tanto na relação do próprio indivíduo consigo mesmo quanto na relação entre este e o estado.

Além disso, os direitos fundamentais possuem características como o fato de terem sua aplicabilidade imediata, não podendo, portanto, serem protelados, bem como são divididos pelo que a doutrina chama de dimensões (ou gerações), sendo elas a primeira dimensão, que trata de direitos individuais como por exemplo: à vida, à liberdade, entre outros.

Ademais, existem também a segunda dimensão, onde o Estado possui deveres para melhorar o ideal de uma vida digna em sociedade, além dos de terceira dimensão que emergiram com o fim da segunda guerra mundial, período mundial onde os valores de igualdade e fraternidade estavam em ascensão. Alguns doutrinadores, afirmam ainda a existência da quarta dimensão, essa seria relacionada a proteção da cidadania, ovacionando a democracia e o pluralismo.

Sabendo disso, far-se-á uma explanação sobre o direito mais importante tratado na Constituição Federal, o bem jurídico de maior importância, socialmente e no ordenamento jurídico, que é a vida e os direitos inerentes a esta.

3 O DIREITO À VIDA

O art. 5º da Constituição Federal, na redação de seu caput já trazia o direito à vida de maneira generalista, sendo uma das garantias fundamentais expressas na Carta Magna.

Nesse sentido, segundo Pedro Lenza (2020, p.765) “O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5.º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, de não ser privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.”

Desse modo, o direito à vida propriamente dito é bem amplo e interpretativo, uma vez que, critérios de uma vida digna são, por sua vez, ora subjetivos e individuais, ora objetivos e coletivos, entretanto, se espera que ao menos os seres humanos possuam capacidade de manter sua sobrevivência, fato esse que não é realidade no Brasil.

Ademais, é válido mencionar o debate acerca do que é a vida, segundo Pedro Lenza (2020, p.767)

A constatação de que a vida começa com a existência do cérebro (segundo o STF e sem apresentar qualquer análise axiológica ou filosófica) estaria estabelecida, também, no art. 3.º da Lei de Transplantes, que prevê a possibilidade de retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento depois da morte desde que se constate a morte encefálica. Logo, para a lei, o fim da vida dar-se-ia com a morte cerebral, e, novamente, sem cérebro, não haveria vida. Portanto, nessa linha, o conceito de vida estaria ligado (segundo o STF) ao surgimento do cérebro.

Dentro desse contexto, a vida por si só já possui um amplo debate, quando se adentra a perspectiva jurídica onde o direito à vida entra em questão, os debates aumentam ainda mais

devido à natureza genérica e questionável de como se dá esse direito de fato na teoria *versus* prática, retrata Pedro Lenza (2020, p.766) “o direito a uma vida digna, a Constituição garante as necessidades vitais básicas do ser humano e proíbe qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, cruéis etc.”

4 O DIREITO À VIDA E A AUTODETERMINAÇÃO DA MULHER

“A liberdade é um conceito fundamental para todos os juristas, entretanto, adquire relevo ainda maior para as mulheres, para quem configura liberdade de autodeterminação e autorrealização” (PITCH, 2003, p. 262). Entretanto, a análise do que é liberdade é extremamente vaga e subjetiva, mas ainda que subjetiva, a questão da liberdade feminina remete a questões sociais e coletivas que estão sendo almejadas de maneira incansável.

A mulher ter o poder de decidir sobre o seu próprio corpo, é um fator básico da questão da autodeterminação feminina, entretanto, esse é um poder que vem sendo limitado ou até mesmo usurpado devido a questões político-sociais, até mesmo religiosas.

Nesse sentido, há a necessidade de se discutir o contraponto entre o direito à vida e a autodeterminação da mulher e a livre disposição de seus corpos, uma vez que a mulher é quem deve escolher a sua forma de viver bem como escolher sobre seu planejamento reprodutivo de gerar prole ou não.

Ademais, para entender essa questão é necessário que se faça o seguinte questionamento: o que é preciso para alcançar essa autodeterminação ou autonomia para dispor sobre seu próprio corpo e ideais? Assim, Rebeca Cook (2012, p. 36)

aduz que a categoria mulher, por si só, já cria expectativas de destino às mulheres, tais como a reprodução e a maternidade compulsória. Mulheres fora dessas expectativas estereotipadas, em nome de uma “natureza feminina”, são vítimas da violação a sua autonomia sexual e reprodutiva, inclusive de realizar o aborto.

5 OS DIREITOS SOCIAIS EM UMA VISÃO HISTÓRICA

Como anteriormente mencionado, existe uma questão acerca de como o direito à vida pode ser de fato exercido, levando em consideração questões valorativas do que significa de fato a vida que é tutelada por esse direito fundamental.

Seguindo nessa perspectiva, é de extrema importância o que aduz o artigo 25, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de

desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Nesse sentido, vejamos, novamente é levantado o questionamento de como uma mulher poderia sobreviver em sociedade sem se sentir apta o suficiente para cuidar com qualidade e dignidade de sua própria vida? A incapacidade de a mulher de poder lidar livremente com uma questão que envolve seu corpo acaba por afetar diversos âmbitos diferentes, tornando ainda mais difícil o acesso a um direito básico estabelecido pela referida Declaração.

6 PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS ACERCA DO ABORTO

O direito à vida presente na Constituição, como já fora anteriormente mencionado, tem uma característica genérica, isso é ratificado inclusive por doutrinadores, que chegam a mencionar até mesmo a “vida digna” em suas interpretações.

Ou seja, vejamos, se o status genérico desse direito o amplia para diversas possibilidades interpretativas, utilizando o viés semântico no que tange à dignidade, como uma mulher pode possuir uma vida digna quando não possui nenhuma estrutura básica para cuidar de si mesma, bem como de um ser humano e ainda assim é impedida de escolher o futuro de seu próprio corpo? Além disso, é inegável que nesse caso a lei infraconstitucional que pune o aborto afeta principalmente as mulheres de baixa renda, uma vez que, as que possuem uma renda alta podem simplesmente procurar alternativas abortivas em países onde há a legalidade. Isto é, há de se falar em punição penal quando as próprias tentativas falhas de conseguir um aborto clandestino não ceifarem sua vida.

Sendo assim, a pergunta é refeita, onde está o direito à vida? Não é possível falar em uma vida digna quando não há a vida propriamente dita, bem como, é feito um parêntese sobre o já mencionado debate entre o direito à vida e a autodeterminação da mulher, uma vez que a mulher é quem deve escolher a sua forma de viver bem como escolher sobre seu planejamento reprodutivo de gerar prole ou não. Ou seja, nesse contexto, busca-se argumentar favoravelmente sobre o direito ao aborto, tratando-se somente, de maneira exclusiva de uma faculdade da mulher, pois somente ela deveria ter o direito de decisão sobre questões que permeiam seu corpo, bem como a capacidade, física, mental e socioeconômica de prosseguir com uma gestação.

Ademais, a matéria já fora discutida no Supremo Tribunal Federal, onde restou o entendimento de que até o primeiro trimestre, o aborto não seria crime. Entretanto, caso façam a análise do que o Ministro Barroso alegou em seu voto, é possível inferir que sua afirmação é

consistente para todo e qualquer momento da gestação, não restando dúvidas de se tratar de uma faculdade única e exclusiva da mulher, como já debatido anteriormente.

Nesse sentido, de acordo com Luís Roberto Barroso:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria

7 A RELAÇÃO DA COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO PENAL DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Ratificando o que já fora mencionado, a Constituição Federal traz como alguns dos direitos fundamentais o direito à vida, e, à liberdade, nesse sentido é muito criticada a tese de descriminalização do aborto, visto que se trata de uma “vida” sendo gerada, sendo assim um direito fundamental inerente a todo ser humano. É importante mencionar que o destaque na palavra vida, se dá pelo fato de não existir ao certo uma tese completamente consensual no mundo científico de quando começa de fato a vida durante a gestação, visto que existem diversas perspectivas como por exemplo: a vida na visão embriológica, neurológica, ecológica, etc.

Sendo assim, sabendo que existem diversas perspectivas acerca de quando a vida se inicia, não é estranho analisar que existe uma colisão entre direitos fundamentais, no sentido de o direito à liberdade da gestante e o direito à “vida” do feto, desse modo em uma colisão de direitos fundamentais é necessário que seja sopesado e analisado caso a caso qual se sobrepõe ao outro, corrobora com essa visão, acerca do conflito dos direitos fundamentais, segundo Lorena Duarte Lopes Maia (2012, n.p. apud, Marmelstein 2008, p.394) que explica:

é nessas situações em que a harmonização se mostra inviável que o sopesamento/ ponderação é, portanto, uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deve prevalecer e qual deve ceder. E talvez seja justamente aí que reside o grande problema da ponderação: inevitavelmente, haverá descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional. Quando duas normas constitucionais colidem fatalmente, o juiz decidirá qual a que “vale menos” para ser sacrificada naquele caso concreto.

Além disso, fazendo um parêntese com o princípio da intervenção mínima em um caso concreto onde a situação hipotética demonstra uma gestante na segunda semana de gravidez e sendo utilizada como perspectiva a visão embrionária, que traz como referência a vida a partir

da terceira semana, não é absurdo o pensamento de que em um caso a liberdade e a “vida” passem pelo sopesamento, o direito à liberdade se sobressairia e não existiria punição para o ato abortivo, visto que não alcançaria uma sensível modificação na sociedade, logo não atingindo a última ratio, o direito penal.

Ademais, ainda é válido o sopesamento entre o direito à vida da gestante contra o direito à vida do feto, uma vez que, como já fora anteriormente mencionado a vida é mencionada de maneira genérica na Carta Magna, sendo passível diversas interpretações, no caso hipotético é válido que seja feita uma análise do quão afetada seria a vida dessa mulher em relação a possível “vida” desse feto.

8 O CONCEITO DE ABORTO

Quando se ouve a palavra aborto, automaticamente o ouvinte instintivamente associa a palavra a ideia de que uma vida está sendo privada, apesar de existirem causas naturais responsáveis pelo aborto, a palavra por si só gera uma expectativa de um ato proposital e criminoso.

De acordo com o parecer do, à época conselheiro (Cristião Fernando Rosas, 2000):

Do ponto de vista médico, aborto é a interrupção da gravidez até 20^a ou 22^a semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou ainda, alguns consideram quando o feto mede até 16,5 cm. Este conceito foi formulado baseado na viabilidade fetal extra-uterina e é mundialmente aceito pela literatura médica.

Já do ponto de vista jurídico, explica (Édson Luís Baldan 2020, n.p):

De maneira genérica, o abortamento (ou aborto) consiste na anormal interrupção do processo de gravidez. Trata-se, pois, de evento em que ocorre a morte do fruto da concepção (ovo, feto ou embrião) com ou sem sua expulsão do organismo materno.

Ademais, no ponto de vista religioso, de acordo com Lorena de Ribeiro Morais (2008, p.50, apud IGREJA CATÓLICA, 1995 n.58): “O aborto provocado é a morte deliberada e direta, independente da forma como venha a ser realizado, de um ser humano na fase inicial de sua existência, que vai da concepção ao nascimento”

9 A FINALIDADE DA PENA

A priori, é importante iniciar a tratar da pena falando de seu conceito, segundo Fernando Capez (2017, p.379):

Trata-se de sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consiste na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição

punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Sabendo disso, dá-se início as teorias que tentam explicar a finalidade da pena em diferentes perspectivas, são três as teorias, que de acordo com Fernando Capez (2017, p.379):

A teoria absoluta: a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (*punitur quia peccatum est*).

A teoria relativa: a pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição).

Teoria mista: a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*).

Sabendo disso, é possível notar que a teoria adotada no Brasil é a teoria mista, uma vez que é necessário observar o binômio reprovação e prevenção do crime, ou seja, de certo modo houve uma fusão das teorias absoluta e relativa em uma só, de modo a se adequar a realidade da sociedade, entretanto, ainda que busque a reprovação e prevenção fica o seguinte questionamento: A pena prevista no artigo 124 do código penal está alcançando a sua finalidade?

10 ART. 124 DO CÓDIGO PENAL: ABORTO

“Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos.” Vide art.124 Código Penal brasileiro.

Conforme visto no tópico anterior, a pena possui uma finalidade, vejam, uma análise objetiva e fundamentada acerca do assunto pode demonstrar uma percepção de que, se referir a uma mulher que por suas próprias razões entendeu não ser capaz de suportar uma gestação e a criação de um filho como uma criminosa, uma condenada, bem como, reduzi-la a ideia de segregada da sociedade, talvez não seja justo. Ainda que, existam institutos para evitar a pena privativa de liberdade, há todo um peso psicológico e social de estar sendo julgada pela sociedade de fato, uma vez que por se tratar de crime contra a vida recair na competência do tribunal do júri.

Quanto ao texto legal presente no art. 124, do Código Penal, este se encontra vigente desde o ano de 1940, quando o Código Penal brasileiro fora promulgado, ou seja, no mínimo fica o questionamento se não seria considerado ultrapassado a utilização do mesmo. Entretanto, é possível enxergar, que apesar de existir há muitos anos, o mesmo versa sobre problemas que

perduram até os dias contemporâneos, e o aborto é um desses problemas, como pode ser visto na ementa a seguir, é tema de julgamento na atualidade.

TENTATIVA DE ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM O SEU CONSENTIMENTO. Recurso em sentido estrito defensivo contra pronúncia. Decisão bem exarada. Prova de materialidade e indícios suficientes de autoria a remeter o julgamento ao Tribunal do Júri. Despronúncia incabível. Improvimento. (TJ-SP 00004875220158260322 SP 0000487-52.2015.8.26.0322, Relator: Eduardo Abdalla, Data de Julgamento: 04/04/2018, 7ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 06/04/2018)

Entretanto, vejamos, o judiciário brasileiro é extremamente moroso, o debate do aborto em sede processual torna ainda mais congestionado, interrompendo questões que deveriam ter uma prioridade maior, visto que, não deveria haver a criminalização de um ato que deveria se tratar de uma opção exclusiva da mulher.

11 O ABORTO E UMA ANALOGIA AO PERDÃO JUDICIAL

O perdão judicial é previsto no artigo 107, IX, do Código Penal que traz o seguinte texto: “**Art. 107** - Extingue-se a punibilidade: **IX** - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.”

Desse modo, é possível inferir que se trata de uma previsão genérica, entretanto, o que seria esse perdão judicial? Consiste basicamente em uma faculdade do juiz para deixar de aplicar uma determinada pena com base na situação fática possuir uma justificativa excepcional.

No caso do homicídio culposo, o perdão judicial perde essa característica genérica e passa a existir uma teoria onde o autor do delito, ao cometer tal delito, acabou possuindo consequências severas o suficiente para que não seja necessária a aplicação da pena prevista em lei.

Um dos casos mais utilizados na doutrina para explicar tal hipótese é a do pai que por acidente acaba cometendo o homicídio culposo contra o próprio filho, nesse sentido, a dor e a consequência de perder o filho já é uma punição grave o suficiente para o autor do crime de modo que, caso o mesmo ainda recebesse a punição do Estado, estaria sofrendo o “*bis in idem*”, que é o princípio que veda a dupla punição pelo mesmo fato, prova disso pode ser vista na decisão a seguir:

Apelação Criminal. Homicídio Culposo. Perdão Judicial. 1 — Concede-se perdão judicial ao apelante, por ter provocado a morte do único filho em acidente, fruto de imprudência, porquanto sofreu punição mais severa. Recurso conhecido e provido. 10 Apelação Criminal 31.443-9/213 (2007.020.512.54).

Partindo disso, fica o questionamento, as mulheres que se submetem ao procedimento abortivo não passam por consequências graves o suficiente de modo que a pena legal

configuraria um possível “*bis in idem*”? Vejam, os procedimentos abortivos por si só já são extremamente invasivos, além de toda a questão física que a mulher passa, ainda há toda a questão psicológica, não somente individual como também coletiva, uma vez que, o preconceito social com essa prática é enorme por questões morais e religiosas.

Ademais, no livro *Isoladas: A história de Oito Mulheres Criminalizadas por Aborto*, o autor buscou repassar toda a angústia e sofrimento que essas mulheres passaram ao enfrentar o julgamento, não só da esfera legal como da sociedade que as envolviam. Nesse aspecto, é válido questionar novamente, a pena do crime previsto no art.124 cumpre com sua função social? Como anteriormente mencionado, o aborto é um crime que está no rol dos crimes contra a vida, logo, é um dos crimes de competência do tribunal do júri, ou seja, quem julga a mulher que comete esse crime não é um juiz singular, que tem o dever de ser imparcial e sim pessoas comuns da sociedade que são parciais e como já fora apontado, muitas vezes são muito influenciadas por questões ideológicas e religiosas.

Nesse livro, em um dos capítulos que retrata a história vivida por “Maria Luisa”, onde de acordo com Sydow (2011, p.19) “Ele disse que iria correr um julgamento, mas não chegar a uma prisão. Mas só o fato de que você vai prestar um depoimento, que você vai a julgamento... volta tudo na sua cabeça, tudo o que você passou, é complicado.”

No trecho anterior, a ideia do já mencionado “*bis in idem*”, é reforçada, pois demonstra um pouco da angústia e dor sofrida pela mulher que opta por um procedimento, até o momento ilegal, óbvio que se trata de uma escolha individual, e é assim que deve ser, uma vez que deveria ser uma faculdade da mulher. Nesse sentido, a punição estatal não estaria configurando uma segunda pena para o mesmo fato? As consequências enfrentadas por essa escolha não seriam o suficiente para abolir a necessidade da pena legal? Tais questionamentos são extremamente individuais, mas que valem a reflexão dos atuantes na área legal.

12 A FALTA DE OPÇÕES DA MULHER PERANTE À HIPOSSUFICIÊNCIA

No ano de 2018, em uma matéria realizada pela revista *exame*, pode-se retirar alguns apontamentos importantes sobre o aspecto econômico do aborto. Nessa matéria, foram levantados alguns depoimentos de mulheres entrevistadas pela pesquisadora, antropóloga, Débora Diniz, que diz o seguinte: "Se todas as mulheres que fizeram um aborto estivessem presas, o Brasil teria 4,7 milhões de presidiárias".

Ademais, nessa matéria, foram levantados os valores médios do aborto nas maiores cidades do país, valores estes que podem ir de R\$5.000,00 (cinco mil reais) até R\$10.000,00

(dez mil reais), ou seja, sabendo desse valor é possível afirmar que é uma situação onde apenas uma pequena porcentagem das mulheres brasileiras podem efetuar o pagamento.

Nesse sentido, além da criminalização do aborto, há um grande problema socioeconômico que permeia o assunto, uma vez que de acordo com a antropóloga Débora Diniz: “afirmou que quem enfrenta os maiores riscos com este tipo de aborto são as mulheres mais jovens, mais pobres, negras e provenientes de áreas menos favorecidas do país.” Ou seja, existe uma grande dificuldade do acesso às clínicas por parte de uma grande parcela da população feminina, e novamente se levanta o questionamento inicial sobre como poderia uma pessoa exercer o direito à vida se essa não consegue sobreviver? Além de precisar cuidar de uma nova vida sem possuir a mínima estrutura para tal.

Ademais, em uma matéria da Folha de São Paulo, é ratificado o entendimento da antropóloga quanto às questões socioeconômicas, pois vejam o caso concreto da Ingriane Oliveira de 31 anos que laborava como babá e não possuía uma renda necessária para arcar com os custos de um aborto seguro e nem estava em uma condição favorável socialmente, portanto, acabou optando por um método caseiro que resultou em seu falecimento, como pode ser visto em um relato retirado da matéria a seguir (COLLUCCI, Cláudia e BARBON, Júlia. 2018, n.p):

A causa foi um talo de mamona. O galho da planta é ainda usado em abortos caseiros para provocar a contração uterina e a expulsão do feto. No caso de Ingriane, causou uma inflamação do endométrio (mucosa que reveste o útero) e infecção generalizada. Foi a última saída que a babá, grávida havia quatro meses, encontrou.

Nesse sentido, é possível notar as complicações enfrentadas por mulheres de baixa renda perante a um assunto tão delicado, além disso, as questões de preconceito social que rodeiam esse assunto ainda são muito presentes, sendo um dos motivos pelos quais ela não avisar a própria família com medo da reprovação dos mesmos, o que acabara lhe custando a própria vida.

A matéria traz ainda três relatórios médicos sobre complicações no aborto que levaram ao óbito mulheres com um perfil semelhante ao de Ingriane, sendo todas elas pobres, negras, jovens, e que já possuíam filhos, como será visto a seguir nos relatos abaixo (COLLUCCI, Cláudia e BARBON, Júlia. 2018, n.p):

A cabeleireira M.L.D., 26, fez aborto em uma clínica clandestina no Espírito Santo. Ao ser levada ao hospital já com infecção grave, passou por curetagem para eliminar restos da placenta. Com a piora, seu útero foi retirado. Sofreu choque séptico e falência de múltiplos órgãos, morrendo em 15 dias. Deixou quatro filhos.

G.S.L., 34, de Goiás, chegou ao hospital com forte infecção e dificuldade de respirar. Um ultrassom apontou um aborto infectado de 15 semanas. Fez curetagem, teve o útero retirado. Após sofrer insuficiência respiratória e choque séptico, morreu. Tinha três filhos.

V.F.S, 29, de Pernambuco, engravidou mesmo usando anticoncepcional. Com dores e sangramento intenso, foi dispensada duas vezes do hospital em greve.

Na terceira, ao desmaiar, foi levada a uma maternidade, onde se constatou aborto infectado de gestação de 16 semanas.

Após a curetagem, V. sofreu uma parada cardiorrespiratória e foi entubada. Morreu enquanto esperava vaga de UTI em uma outra maternidade. Deixou três filhos.

Logo, é visível não se tratar de casos isolados, são casos recorrentes que poderiam ser amenizados com a descriminalização do aborto, pois ainda que continue existindo um risco no procedimento as mulheres teriam um maior amparo, nesse caso necessitando também de prestações positivas por parte do Estado, para que exista um equilíbrio entre as mulheres de diferentes classes sociais.

Sendo assim, é fato que o aborto é uma questão que irá perdurar por muito tempo não somente na esfera legal, como na esfera antropológica e sociológica, ainda que existam diversos motivos para a descriminalização, a fossilização social causada por ideologias religiosas ainda é muito influente em todos os âmbitos que estudam o assunto.

13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão levantada no presente artigo, com relação a prática do aborto, demonstra que está interligada à realidade social brasileira. E uma vez que, o direito à vida também é um direito previsto ao nascituro, a prática do aborto, na situação legislativa atual acaba ferindo esse direito fundamental.

Entretanto, como fora suscitado diversas vezes, as pesquisas demonstraram que o direito à vida vai muito além do conceito de vida propriamente dito, uma vez que é necessário que a vida digna esteja presente na sociedade para que assim não fiquem a mercê da mera sobrevivência, desse modo, demonstrando que de maneira geral em um conflito de direitos fundamentais entre a mãe e o nascituro deveria prevalecer o direito fundamental da mãe.

Ademais, através das pesquisas, vê-se que, o tema não envolve apenas o direito constitucional propriamente dito como também o direito penal, nesse sentido fora demonstrado que o crime de aborto merece uma atualização legislativa e jurisprudencial, uma vez que como fora visto, sua pena não obedece a teoria da finalidade da pena, bem como por se tratar de uma prática extremamente invasiva, acabaria sendo considerada uma dupla punição àquela mulher que acabara sofrendo sequelas de natureza física e de natureza psicológica.

Portanto, considerando todos os apontamentos, a autodeterminação da mulher é a questão chave para o debate do tema, partindo do fato de que uma vez que a mulher em seu âmago opte por não desejar aquela gestação, os direitos fundamentais daquele nascituro estarão em risco, pois como anteriormente mencionado, a vida digna está intrinsecamente ligada ao

direito à vida, desse modo a mulher ter a faculdade de escolher o futuro de sua vida e seu corpo é de extrema importância individual e social, evitando, portanto, um estado de abandono daquele possível filho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDAN, Édson Luís. **Aborto**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/410/edicao-1/aborto> Acesso em: 19/10/2021

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20/09/2021

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 20/09/2021

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE DIREITO PENAL: Parte geral**. 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

COLLUCCI, Cláudia; BARBON, Júlia. **Desigualdade pela renda e cor da pele é exposta em abortos de risco no país**. In: FOLHA DE S.PAULO. julho de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/desigualdade-pela-renda-e-cor-da-pele-e-exposta-em-abortos-de-riscos-no-pais.shtml?origin=folha>. Acesso em 25/10/2021

COOK, Rebecca. Rebecca Cook entrevistada por Debora Diniz. Rio de Janeiro: EdUERJ. 2012.

EXAME. **Aborto clandestino é drama para mais de meio milhão de mulheres no Brasil**. In: Exame. 25 de agosto de 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/aborto-clandestino-e-drama-para-mais-de-meio-milhao-de-mulheres-no-brasil/> Acesso em: 03/06/2021

FIGUEIREDO, Stephanie. **O que um advogado precisa saber sobre direitos fundamentais**. In: Aurum. 13 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/direitos-fundamentais/#:~:text=Direitos%20fundamentais%20são%20aqueles%20inerentes,declaram%2C%20as%20garantias%20fundamentais%20asseguram> Acesso em: 03/06/2021

IBCCRIM. **O perdão judicial nos crimes de trânsito e nos crimes de menor potencial ofensivo**. In: Ibccrim. 5 de janeiro de 2004. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/3568/> Acesso em: 12/10/2021

Lenza, Pedro **Direito Constitucional esquematizado / Pedro Lenza**. – Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. LFG. Direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração. In: Lfg. 26 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/direitos-fundamentais-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao> Acesso em: 17/09/2021

MAIA, Lorena. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. In: Âmbito Jurídico. 1 de março de 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/> Acesso em: 03/06/2021

MIGALHAS. **STF decide que aborto no 1º trimestre não é crime.** In: Migalhas. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/229636/estupro-e-o-aborto-legal--propostas-de-novas-regras> Acesso em: 15/10/2021

MORAIS, Lorena Ribeiro. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher.** In: Senatus. 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legislacao_aborto_impacto.pdf?sequence=6 Acesso em: 19/10/2021

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19/10/2021.

Perdão Judicial, **Pai não merece ser condenado por morte de filho em acidente.** In: CONJUR. 24 de agosto de 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-ago-24/pai_nao_merece_responder_morte_acidental_filho#:~:text=Pai%20n%C3%A3o%20merece%20ser%20condenado%20por%20morte%20de%20filho%20em%20acidente&text=O%20pai%20que%20provoca%20a,conden%C3%A1-lo%20por%20homic%C3%ADdio%20culposo Acesso em: 03/06/2021

PITCH, Tamar. **Un Derecho para Dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.** Madrid: Trotta, 2003.

SÃO PAULO. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **Consulta nº 24.292/00 de 18 de julho de 2000.** [Dispõe sobre o segredo médico diante de uma situação de aborto] Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&numero=24292&situacao=&data=00-00-2000> Acesso em: 19/10/2021

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado.2008

SYDOW, Evanize et al. **A história de oito mulheres criminalizadas por aborto.** 2011. Disponível em: <https://catarinatas.info/wp-content/uploads/2018/04/Isoladas---A-hist%C3%B3ria-de-oito-mulheres-criminalizadas-por-AADS.pdf> Acesso em: 03/06/2021

TOIGO, Renata. **O perdão judicial aplicado ao homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor.** In: Direitonet. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3903/O-perdao-judicial-aplicado-ao-homicidio-culposo-praticado-na-direcao-de-veiculo-automotor> Acesso em: 12/10/2021

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP: **0000487-52.2015.8.26.0322 SP 0000487-52.2015.8.26.0322.** In: JUSBRASIL. São Paulo, 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564014731/4875220158260322-sp-0000487-5220158260322/inteiro-teor-564014743> Acesso em: 03/06/2021

REDLER, Ivana. **Conheça os principais princípios do direito penal.** In: Masterjuris. 19 de junho de 2019. Disponível em: <https://masterjuris.com.br/conheca-os-principais-principios-do-direito-penal/> Acesso em: 03/06/2021

