

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MARCOS LEITE GARCIA

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Marcus Firmino Santiago, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-565-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade Plural. 4. Garantias. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de São Luís, MA, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, proporcionou a reunião de diversos professores e pesquisadores dedicados ao estudo dos Direitos e Garantias Fundamentais. Tema de tamanha relevância e apelo entre os estudiosos que deu ensejo ao desdobramento do Grupo de Trabalho em dois, a fim de permitir mais aprofundado debate sobre questões extremamente atuais e relevantes.

Como de hábito nos Grupos de Trabalho do CONPEDI, o pensamento jurídico brasileiro foi representado por pessoas vindas de norte a sul do país, compondo um amplo espectro de orientações conceituais, em um rico diálogo entre diferentes escolas.

Os diversos artigos que ultrapassaram o filtro da avaliação cega foram apresentados por seus autores e ensejaram vibrantes discussões, que propiciaram substanciais conhecimentos a todos os presentes e certamente farão o mesmo aos leitores deste volume.

Os primeiros artigos abordam questões conceituais essenciais à plena compreensão e aplicação dos direitos fundamentais. Assim, o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tratado em dois textos. O antigo e sempre atual debate sobre a construção de categorias taxonômicas e a tormentosa categorização da dignidade humana são objeto dos dois estudos seguintes. O direito de resistência, preocupação presente desde as primeiras reflexões sobre direitos fundamentais, completa esta parte inicial.

Não poderia faltar o sempre necessário debate sobre a atuação do Poder Judiciário, tema de dois outros textos.

Os direitos de liberdade foram amplamente visitados por meio de artigos que trataram da liberdade religiosa; da proteção ao domicílio; do direito ao esquecimento; e do aborto. O direito à saúde foi discutido à luz da celeuma acerca da assim chamada 'pílula do câncer'. E algumas das questões sociais mais candentes da atualidade foram contempladas por estudos que abordaram a igualdade e as diferenças de gênero; o auto-reconhecimento racial no âmbito do trabalho doméstico; e o meio ambiente do trabalho face às evoluções digitais.

Como se percebe, diversos dentre os principais marcos teóricos que embasam o debate contemporâneo sobre os direitos fundamentais são contemplados, conectando-se a questões atuais e altamente relevantes, que precisam ser enfrentadas à luz de diferentes (embora não necessariamente novos) paradigmas conceituais.

Coordenadores:

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - PPGD Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - PPGD Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E NORMATIVIDADE: UMA ANÁLISE DO
DESCUMPRIMENTO DA LEI SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**ABORTION PROHIBITION AND NORMATIVITY: AN ANALYSIS OF NON-
COMPLIANCE WITH THE LAW FROM THE PERSPECTIVE OF
FUNDAMENTAL RIGHTS**

**Marcela Siqueira Miguens
Raisa Duarte Da Silva Ribeiro**

Resumo

O presente trabalho pretende analisar como se dá a atuação das regras que são criadas nos campos do direito e da ética em relação à proibição do aborto. Para isto, será realizada uma abordagem das normas em seu sentido mais geral, como representação da normatividade. Será considerada sua origem, que muitas vezes provem dos costumes, hábitos e práticas, por essência, mutáveis e variáveis. Será analisada a vedação do aborto como uma norma informal que se evoluiu e se consolidou como uma norma formal em nosso ordenamento jurídico, considerando a realidade fática do aborto e a ruptura com a norma proibitiva.

Palavras-chave: Aborto, Normatividade, Proibição

Abstract/Resumen/Résumé

The present work intends to analyze how the rules are created in the fields of law and ethics in relation to the prohibition of abortion. For this, an approach of norms in its more general sense will be carried out as a representation of normativity. It will be considered its origin, which often comes from customs, habits and practices, changeable and variable by essence. The prohibition of abortion will be analyzed as an informal norm that has evolved and consolidated as a formal norm in our legal system, considering the factual reality of abortion and breaking with the prohibitive norm.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Normativity, Prohibition

Introdução

As regras podem ser estudadas no campo do Direito, no âmbito da ética ou das regras morais e também no campo da linguagem. Neste trabalho, o foco primordial se pautará nas regras criadas no campo do Direito e da Ética com relação à proibição da prática do aborto.

O aborto consiste na privação do nascimento do feto, com a interrupção da gravidez até a décima segunda semana de gestação – seja voluntária seja involuntariamente. O aborto é o resultado das práticas de abortamento que possuem por escopo a morte do feto.

O ordenamento jurídico brasileiro expressamente proíbe e criminaliza a prática do aborto provocado, exceto nas hipóteses legais previstas no artigo 128 do Código Penal – em caso de violência sexual e em caso de risco para a vida da mãe – e também em caso de anencefalia, por construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

O aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, de acordo com o artigo 124 do Código Penal é crime para o qual será cominada pena de detenção de um a três anos. Caso o aborto seja provocado por terceiro, será cominada pena àquele que o praticou de três a dez anos se não houver o consentimento da gestante e de um a quatro anos se houver o consentimento da gestante.

O instituto da proibição do aborto nitidamente visa proteger e preservar a vida intrauterina, em detrimento a autonomia da vontade da gestante.

Através do estudo da normatividade, serão analisadas as possíveis origens do instituto da proibição da prática do aborto bem como o descumprimento fático desta normativa, assim como suas consequências práticas.

1. Uma abordagem geral sobre a normatividade

De acordo com Immanuel Kant (1800, IX, 11), “*tudo na natureza, tanto no mundo inanimado como no animado, acontece segundo regras, embora nem sempre conheçamos estas regras*”. Exemplificadamente, explica que a chuva cai segundo as leis da gravidade. Assim, as leis da física funcionam independentemente de conhecermo-nas ou não.

As nossas faculdades também decorrem de acordo com regras, que são inconscientes ou conscientes. Assim:

(...) primeiro delas inconscientes, até que, pouco a pouco, mediante experiências e um longo uso das nossas faculdades, chegamos ao seu conhecimento, e das mesmas nos

tornamos, por fim, tão familiares que nos é exigido um grande esforço para as pensar in abstracto (KANT, 1800, IX, 11).

As regras, em seu sentido mais geral, representam a normatividade para Immanuel Kant. A normatividade, representada pelas regras *latu sensu*, consiste em um princípio ou em uma máxima, que traduz pressupostos e condições de possibilidade da ação, interação e da comunicação entre a comunidade.

Em geral, podemos afirmar que muitas regras se originam de hábitos, práticas e costumes de particulares, que se desenvolvem com uma certa regularidade, gerando resultados dentro desta coletividade. Esta regularidade das práticas, hábitos e costumes é mutável, variável e contingente, podendo ser alterada de acordo com a vontade de coletividade.

Através de uma continuidade, em um processo de consolidação dos hábitos, práticas e costumes, perde-se a origem das regras e consagra-se a sua internalização e automatização, formando a figura da convenção.

A convenção trata-se mais do que uma reprodução de hábitos, práticas e costumes, caracterizando-se por ser uma aceitação e incorporação generalizada destes postulados. Neste momento, passa-se a haver um maior grau de flexibilidade e de força, criando-se um sistema sistemático de regras.

Quando se visualiza a necessidade de criação de um sistema explícito de regras, a normatividade passa a se enquadrar no bojo das normas formais. Observa-se a criação de um sistema de caráter imperativo, que cria direitos e obrigações para os particulares que compõem aquela coletividade. Há, assim, um maior grau de generalidade, que pressupõe uma autoridade, que irá reforçar a norma e funcionará como instância reguladora. Por se tratar de um âmbito mais formal, há sanções claras e recompensas implícitas pelo funcionamento regular do sistema.

Valendo-se de uma explicação não reducionista, podemos afirmar que as normas em geral consistem em um aglomerado de atitudes normativas somada com o conhecimento sobre estas atitudes (HART, 1961, p. 55-56).

2. Uma breve análise histórica do aborto no Brasil

No Brasil, a criminalização do aborto somente foi realizada a partir do Código Penal do Império, de 1830, em que abortar era considerado crime grave contra a segurança das pessoas e das vidas, embora não se punisse ainda a gestante.

A partir de 1850, com o fim do trágico negreiro no Brasil, que causou uma crise de mão-de-obra para as prósperas lavouras cafeeiras, os ataques e a repressão das autoridades brasileiras às práticas abortivas cresceram consideravelmente.

O Código Penal de 1940 criminaliza a prática do aborto nos artigos 124 e seguintes da Parte Especial do Capítulo dos Crimes Contra a Vida. A gestante que provocar em si mesma ou permitir que outrem lhe provoque o aborto poderá ser punida com pena de detenção de um a três anos. Terceiros que provoquem o aborto sem o consentimento da gestante poderão ser punidos com reclusão de três a dez anos; e se tiver o consentimento da gestante, com reclusão de um a quatro anos. Todas as penas podem ser aumentadas em um terço, se, em consequência do aborto, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e duplicadas, se, por qualquer das causas, sobrevém a morte da gestante.

As hipóteses legais de aborto estão previstas no artigo 128 e compreendem, em primeiro lugar, o chamado aborto terapêutico, em que a interrupção da gravidez é medida para evitar o óbito da gestante, lastreada no estado de necessidade e, via de regra, presente nas legislações que incriminam a prática abortiva. Quanto a esta hipótese, praticamente não há questionamentos acerca de sua legitimidade.

A outra situação compreendida, denominada de aborto sentimental, é determinada pela lei na quando a vida intrauterina tiver sido produto de estupro, havendo, obviamente, o consentimento da gestante ou de seu representante legal, se for o caso. Esta forma de aborto legal também é conhecida como aborto humanitário ou ético e, assim como o necessário, deve ser realizado por médico.

Em 17 de junho de 2004 foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para que se afastasse a proibição de antecipação do parto nos casos de anencefalia, sendo que esta antecipação não deveria receber o tratamento jurídico-penal do crime de aborto.

A ADPF foi consignada sob o nº 54, tendo a relatoria do ministro Marco Aurélio. Em 30 de abril de 2012, quase oito anos após, foi publicado o acórdão da decisão¹ do Supremo Tribunal Federal, permitindo a interrupção da gravidez nos termos do voto relator, por oito votos a dois. Foi julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada no Código Penal.

¹ Acórdão da decisão da ADPF nº 54/STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> Acesso em 15 ago. 2016.

A decisão determinou que não seria necessária autorização judicial nesses casos, bastando o diagnóstico da anencefalia. Entendeu-se que não haveria potencialidade de vida, tratando-se de um natimorto cerebral. Em seu voto, o ministro Celso de Mello expressou-se no sentido de que poderia ser adotado raciocínio semelhante ao previsto na lei de doação de órgãos, ao dispor que o fim da vida se dá com a morte encefálica. Assim, considerando a existência de atividade cerebral para constatação de existência da vida humana, a interrupção da gravidez na hipótese da anencefalia não atingiria o direito à vida.

Para Gilmar Mendes, trata-se de hipótese de aborto, todavia, deveria se encaixar nas hipóteses de exceção legais, que o legislador não pôde prever em 1940. Houve somente dois votos contrários, o do ministro Ricardo Lewandowski, pois, segundo ele, seria assunto a ser tratado pelo legislativo e do ministro Cezar Peluso, para quem não se poderia admitir a inexistência de vida no feto anencéfalo.

Sobre o tema, é relevante mencionar outra decisão do Supremo Tribunal Federal, sem o alcance da anteriormente exposta, uma vez que se tratou do julgamento em um caso concreto, especificamente, que ocorreu no dia 29 de novembro de 2016, em julgamento realizado pela Primeira Turma. Tratou-se da ação de *habeas corpus* nº HC 124.306, cujo pleito tratava da concessão de liberdade dos réus acusados de praticarem aborto. Pretendia a defesa que os réus tivessem assegurado o direito a responder ao processo em liberdade. Em 2014, o ministro relator do HC, Marco Aurélio, já havia concedido a liberdade cautelarmente.

A Turma entendeu, por maioria, não haver os requisitos que autorizariam a decretação da prisão preventiva de réus que estão sendo acusados da prática dos crimes de aborto com o consentimento da gestante e quadrilha.

O ministro Luís Roberto Barroso, que havia pedido vista dos autos, em voto dado na sessão do dia 29 de novembro, afastou a prisão preventiva, posto que ausente qualquer elemento que evidenciasse a necessidade da medida. Contudo, foi além. Abordou também a própria constitucionalidade da criminalização do aborto voluntário, seja provocado pela gestante ou por terceiros com o seu consentimento.

Para o ministro, a vida em potencial do feto é um bem jurídico relevante, mas se deve observar o princípio da proporcionalidade, pois a criminalização da interrupção da gestação até o terceiro mês viola direitos fundamentais da mulher. Ressaltou que o objetivo da decisão não é disseminar a prática, mas torná-la menos frequente e mais segura.

De acordo com Barroso, a criminalização violaria a autonomia da mulher e seu direito à integridade física e psíquica. Caberia à mulher o poder de controlar o próprio corpo, não podendo ser uma imposição do Estado. Uma gravidez que não é livre, mas determinada pelo

direito penal também violaria os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a igualdade de gênero. Toda mulher possui o direito de decidir se deseja ter filhos ou quando os deseja ter, já que a ela cabe o ônus da gravidez.

Outro ponto levantado pelo ministro foi a discriminação social trazida pela tipificação penal que, em sua maioria incide ou gera efeitos sobre mulheres pobres. Elas seriam as maiores atingidas, já que não podem recorrer a clínicas ou médicos particulares, tornando-se vítimas de procedimentos realizados em locais clandestinos sem qualquer segurança. Comparando dados com países que admitem a prática, nota-se que a criminalização não diminui a quantidade de procedimentos realizados, mas o número dos que são feitos em segurança.

O ministro também utilizou como fundamento para apoiar sua decisão o fato de que a não criminalização evidencia-se na quase totalidade dos países democráticos e desenvolvidos. Desde 1973, a Suprema Corte dos EUA não considera crime a interrupção voluntária da gravidez durante o primeiro trimestre, bem como a maioria dos países europeus. Acompanharam o voto os ministros Rosa Weber e Edson Fachin.

Muito se falou sobre uma possível descriminalização do aborto, o que de fato não ocorreu. Ainda que se possa questionar se seria esta a via adequada para discussão a respeito da possibilidade de interrupção voluntária da gravidez, de alguma forma a decisão levantou pontos relevantes acerca dos direitos reprodutivos das mulheres, sua morte e criminalização em razão dos abortos clandestinos que ocorrem em grande número.²

3. As normas que proíbem a prática do aborto

De acordo com uma explicação não reducionista, as normas em geral consistem em um agrupamento de atitudes normativas somado com o conhecimento sobre estas atitudes (HART, 1961, p. 55-56). As normas em geral podem ser classificadas em normas formais e normas não formais ou informais (HART, 1961, p. 92). As normas formais são aquelas, geralmente, exemplificadas através da legislação. Já as normas informais podem ser sociais ou morais.

Neste momento, será analisada a vedação do aborto como uma norma informal que se evoluiu e se consolidou como uma norma formal em nosso ordenamento jurídico. Há um certo grau de sobreposição entre as normas formais e as normas não formais. Por exemplo, as normas formais referentes ao direito penal, como é o caso da vedação do aborto, são uma contrapartida

² Aguarda julgamento a ADPF nº 442, que solicita a análise pelo Supremo Tribunal Federal da criminalização do aborto à luz da Constituição Federal.

de normas informais da sociedade civil (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 40).

Assim, a norma proibitiva do aborto constante no nosso Código Penal traduz-se em uma evolução de normas informais que abominavam a prática do aborto, vendo-a de forma imoral.

As normas formais e informais se diferenciam em cinco aspectos primordiais, as quais serão analisados brevemente neste momento, sendo utilizados como marcos teóricos os doutrinadores Brennan, Eriksson, Goodin e Southwood (2013, p. 41 e ss).

Em primeiro lugar, nas normas formais há a presença tanto de regras primárias quanto de regras secundárias; enquanto que nas normas informais somente há presença de regras primárias. As regras primárias são aquelas que nos permitem realizar ou nos abster de prática de determinadas ações, ditando o que é permitido, o que é proibido e o que é preciso que seja realizado. Já as regras secundárias criam estruturas para a criação, modificação, aplicação e interpretação das regras primárias (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 41-44).

Assim, observa-se que na proibição do aborto, enquanto norma informal, ditada através da moralidade, há somente a presença de regras primárias. Enquanto no âmbito da moral, a norma informal dita que é proibido a realização do aborto. Mas sobre esta norma não incide nenhuma instância para modificá-la, aplicá-la ou interpretá-la. Não há ninguém que seja autorizado a aplicar ou interpretar a norma informal de não realização de aborto.

Diferente disso acontece com relação a norma formal que veda e criminaliza o aborto. Além de haver uma regra primária, que veda a realização da prática do aborto, há instâncias que modificam, aplicam e interpretam esta regra. Os juízes e tribunais, por exemplo, podem aplicar ou não a norma constante no Código Penal quando visualizarem ou não todas as circunstâncias do crime. Além disto, pode ser realizado a mudança de interpretação da norma, como, por exemplo, ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal entendeu que a anecefalia seria uma outra exceção ao crime de aborto, ou no julgamento do *habeas corpus* mencionado anteriormente.

Em segundo lugar, nas normas formais há mecanismos preventivos e repressivos cogentes sancionatórios no caso de descumprimento das normas, havendo, em regra, aplicação de sanções reais e tangíveis. Enquanto que nas normas não formais, não há uma autoridade delegadas superior responsável por impor sanções bem como estas sanções não são reais (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 43-46).

Assim, a norma constante no Código Penal que criminaliza o aborto possui funções preventivas e repressivas. Preventivamente, espera-se que as pessoas não pratiquem a conduta, pois se praticarem poderão vir a ser punidas; repressivamente, sanciona-se com pena de reclusão das pessoas que praticarem a conduta criminalizada. Além disto, a política possui função de monitoramento, prevenindo violações das normas e o Poder Judiciário encontra-se como instância superior responsável por impor as sanções criadas pelo Poder Legislativo.

Em outro passo, como norma informal moral, há uma desaprovação por parte dos membros da coletividade com relação a gestante que realizou o aborto bem como com relação a terceiros que auxiliaram no abortamento da gestante.

Para que seja mais clara a compreensão, faz-se mister observarmos as hipóteses legais de abortamento existentes: gravidez oriunda de violência, gravidez que cause danos à saúde da gestante e gravidez de feto anencefálico. Nestas hipóteses, a lei não criminaliza a conduta, apenas de haver normas informais morais no sentido de vedar a prática desta conduta.

Assim, com relação as hipóteses legais de abortamento, podemos observar que uma parcela significativa dos médicos da rede pública de saúde não realizam o abortamento e os que realizam sofrem, muitas vezes, desaprovação de parcela da sociedade, em especial de parcela conservadora da população e da Igreja Católica. Desta forma, observa-se aqui a influência de um dos efeitos sancionatórios da norma moral de vedação da prática do abortamento.

Em terceiro lugar, nas normas informais há a presença de atitudes normativas *de re*; enquanto nas normas formais nem sempre estas estão presentes, podendo apenas envolver atitudes normativas *de dicto*. As atitudes normativas *de dicto* são aquelas em que os indivíduos tem atitudes normativas que constituem a norma que corresponde ao princípio normativo. Já as atitudes normativas *de re* são aquelas em que os indivíduos entendem que a autoridade superior tem o direito de criar, modificar, aplicar, interpretar e fazer cumprir as leis, independente destas serem impopulares ou obscuras (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 46-50).

No caso da norma informal que condena a prática do aborto, observa-se que um significativo número de brasileiros tem atitudes normativas com relação ao ato de condenar a prática do aborto. Em outras palavras, parcela significativa da população julga que não deve cometer aborto, ou espera que outras pessoas não cometam o abortamento, ou estão dispostas a desaprovar aquelas pessoas envolvidas na prática do abortamento.

No caso da norma formal que condena o aborto, observa-se que em parcela significativa da população também há atitudes normativas *de dicto* neste sentido. Todavia, as atitudes normativas *de dicto* são dispensáveis para a existência da norma formal. Se grande

parte da população não tivesse atitudes normativas *de re* com relação a norma formal que criminaliza o aborto, esta, mesmo assim, continuaria existindo. Porque, apesar de haver uma grande parcela que não concorde com a norma em questão e até mesmo as pessoas que cometem a conduta proibida pela norma criminalizadora, estes mesmos cidadãos entendem que o Estado tem o direito de criar, modificar, interpretar e aplicar a lei, independente de seu conteúdo.

Por exemplo, para as feministas que defender a descriminalização do aborto, a norma penal que condena o aborto é injusta. Todavia, mesmo assim, elas acreditam que o Estado tem o direito de criar, modificar, interpretar e aplicar a lei. E, por isso, não seria falso afirmar que elas mesmas possuem atitudes normativas *de re* com relação a lei proibitiva do aborto.

Em quarto lugar, as normas formais tipicamente envolvem princípios normativos que se aplicam apenas as ações, embora possa ser observado também as intenções; enquanto que as normas não formais envolvem um conjunto maior de objetos, tais como as ações, intenções, modos de deliberação, emoções e tabus (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 50-51).

Na norma formal do aborto, observa-se se foi realizada a conduta prescrita na norma proibitiva: o aborto. Sendo caso de aborto doloso, o tribunal apenas analisará a ação realizada pelo sujeito. Sendo caso de aborto culposo, o tribunal terá que analisar também as intenções do sujeito.

Na norma informal do aborto, no entanto, há um conjunto maior de objetos. Não se analisará apenas a ação do aborto realizada pelo indivíduo, mas também as suas intenções, os seus modos de deliberação, as suas emoções. Por exemplo, no âmbito das emoções, a gestante que praticar a conduta do aborto e não demonstrar a sua emoção de tristeza por realizar a conduta será desaprovada socialmente com mais rigor do que a gestante que pratique a mesma conduta e que demonstre o seu arrependimento.

Em quinto lugar, as normas formais envolvem uma responsabilidade mediada enquanto que as normas informais envolvem uma responsabilidade imediata. A responsabilidade mediada é aquela que é intermediada através de uma autoridade externa. Já a autoridade imediata é aquela na qual os indivíduos se responsabilizam uns pelos outros, sendo visualizada uma responsabilidade compartilhada (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 51-56).

Há diversas razões para que a responsabilidade mediada seja querida. Uma primeira razão se relaciona com a questão de haver fortes incentivos para delinquir e algumas vezes a única solução consiste em criar entidades externas para sancionar os que não cooperar (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 52). Por exemplo, no caso das

normas formais que proíbem o aborto, sua criminalização pode ter sido pleiteada em razão das mulheres cometerem com frequência o aborto e não as sanções sociais não serem suficientes para coibi-las desta prática.

Uma outra razão, de cunho epistêmico, relaciona-se com situações de insegurança. Muitas vezes, não se sabe quais são os princípios corretos; ou, ainda, há uma insegurança com relação a aplicação destes princípios (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 53).

Há ainda razões de cunho morais, na medida em que destinando a responsabilidade a uma autoridade externa, em vez de permitir que uma decisão seja tomada pelas partes, faz-se com que a condenação seja conduzida por valores, como a imparcialidade e a justiça. (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 53).

No que tange a responsabilidade imediata, observa-se que há também razões para querê-la. Como, por exemplo, evitar que entidades grandes e poderosas invadam a liberdade dos indivíduos (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 53). Assim, no caso do aborto, a responsabilidade imediata é reconhecida aos parentes e amigos mais próximos, que possuem o condão de desaprovar a conduta da gestante ou de terceiro que lhe cause o abortamento.

Assim, observamos que no cenário brasileiro estão presentes normas formais e informais que condenam a prática do aborto. Observamos, inclusive, que nas hipóteses de abortamento legal, incidem normas informais que, ainda assim, condenam a prática do aborto, mesmo que esteja permitida por lei.

No entanto, apesar da existência destes dois tipos de normas – formais e informais – que condenam o aborto, será analisado, a seguir, especificamente, a violação das normas formais que condenam a prática do aborto. É inegável que uma quantidade significativa de abortos acontece no cenário fático brasileiro, que acarretam, conseqüentemente, em um descumprimento da norma legal. Será analisado como a quebra desta norma legal ocorre no caso do aborto e suas conseqüências práticas.

4. A realidade fática do aborto no ordenamento jurídico brasileiro e quebra da norma

Uma a cada cinco mulheres brasileiras adultas já fizeram aborto (DINIZ e MEDEIROS, 2010). Mais de um milhão de mulheres brasileiras fazem abortos a cada ano (DINIZ e MEDEIROS, 2010). Estes dados alarmantes demonstram a realidade do nosso país.

De acordo com os primeiros resultados da Pesquisa Nacional do Aborto (PNA), realizada por pesquisadores da Universidade de Brasília, em 2010, ao completar quarenta anos, uma em cada cinco brasileiras adultas já abortaram (DINIZ e MEDEIROS, 2010).

A pesquisa foi realizada em 2010, com mulheres entre 18 e 39 anos, alfabetizadas, residentes em áreas urbanas do país, tendo um nível de confiança de 95%, com erro amostral de dois pontos percentuais para os resultados nacionais. A pesquisa perguntava à mulher “*você já fez aborto alguma vez?*”, ou seja, questionava se as mulheres já tinham realizado algum aborto na vida. Observa-se, assim, que a pesquisa não faz referência a quantidade de abortos realizados pelas mulheres, mas apenas ao fato delas já terem se submetido alguma vez à prática abortiva.

Segundo a mencionada pesquisa, 15% das mulheres entrevistadas já fizeram aborto em algum momento de sua vida. A proporção de mulheres que fizeram aborto cresce com a idade – do total de mulheres que realizaram aborto, 6% o fizeram entre 18 e 29 anos e 22% entre mulheres de 35 e 39 anos. Tipicamente, o aborto é realizado no centro do período reprodutivo, isto é, de 18 a 29 anos.

Foi constatado, ainda, que o aborto é mais frequente entre mulheres de escolaridade menor e a sua incidência é praticamente igual entre as diferentes religiões – sendo que menos de dois terços das mulheres que fizeram aborto eram católicas; um quarto, protestantes ou evangélicas; e menos de um vigésimo, de outras religiões.

Faz-se mister salientar que a quantidade de mulheres que praticaram o aborto pode ainda ser maior, se considerado o número de mulheres analfabetas e residentes nas áreas rurais.

Cabe salientar, ainda, que o aborto não é praticado apenas por mulheres que possuem relações afetivas instáveis, mas grande parte deles era realizado por mulheres casadas, que engravidavam de seus maridos, por falha no método anticonceptivo utilizado, e que não desejavam ter (outros) filhos (VIDAL, 2011, p. 246).

Além disto, de acordo com a Organização Mundial de Saúde, o aborto é uma decisão tomada por mais de um milhão de mulheres brasileiras por ano³. Este número de abortos inclui não só as hipóteses permissivas legais, mas também – e sobretudo – os abortos clandestinos, realizados na ilegalidade.

Diante destes fatos apresentados, não se pode olvidar acerca da quebra das normas constantes nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal Brasileiro. O foco desse trabalho reside nas normas formais que vedam a prática do aborto, mais especificamente o artigo 124 que

³ Vide: <http://revistatpm.uol.com.br/editorial/148/uma-em-1-milhao.html> e <http://oglobo.globo.com/opiniao/aborto-precisa-ser-discutido-sem-hipocrisias-13991389>

comina pena de um a três anos à gestante que realizar em si ou consentir que lhe realizem o abortamento.

Inicialmente, faz-se mister dizer que, apesar de uma parcela significativa das mulheres gestantes tenha realizado ou realizem a conduta proibida pela norma incriminadora, não é errado afirmar que, provavelmente, exista uma parcela significativa que, embora queira realizar o aborto, não o faça, em razão da existência da norma criminalizadora.

Assim, podemos visualizar que, provavelmente, determinadas pessoas possuem comportamentos responsivos à norma, mas se não houvesse a norma, talvez os seus comportamentos fossem diferentes. Desta forma, não podemos falar em um descumprimento generalizado da norma ou em ineficácia incompleta da norma.

Por outro lado, dentro da parcela significativa de gestantes que praticam em si mesma ou permitem que outrem lhe provoquem o abortamento, há uma verdadeira quebra da norma. No âmbito do descumprimento da mencionada norma, será analisado as seguintes formas de quebra da norma: a primeira forma consiste em ignorar a norma; a segunda se consubstancia na quebra calculada da norma; a terceira consiste em honrar a norma com a quebra; a quarta, em fingir obedecer para disfarçar a não obediência; e, por fim, agir em oposição à norma (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, p. 234).

No âmbito de *ignorar a norma*, podemos afirmar que, provavelmente, grande parte das pessoas que violam a norma proibitiva, sabem que a esta norma existe e sabem que esta norma é aplicável a si. Neste caso, observa-se que determinadas pessoas, apesar de saberem da existência da norma, a ignoram. Estas pessoas – gestantes, médicos ou auxiliares na prática abortiva – sabem que a norma existe, mas não a cumprem, fazendo o que querem fazer, sem prestar a menor atenção à ela. Elas agem como agiriam, se a norma não existisse.

Mas nem sempre esse ignorar acerca da norma abortiva possui a conotação mais pura do termo. Não seria errado afirmar que, muitas vezes, as pessoas que praticam a conduta proibida pela norma refletem sobre os prós e contras de suas condutas.

Nesse contexto, podemos falar em uma *quebra calculada da norma* ou, mais especificamente, uma quebra eficiente (POSNER, 1972, p. 57-61). Ou seja, se o indivíduo puder pagar a pena legalmente prescrita por infringir a lei e, ainda assim, estiver em uma situação melhor do que se estaria se tivesse agido de acordo com a lei, então o mais eficiente a se fazer seria infringir a lei (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, pp. 235-236).

Assim, por exemplo, a gestante pode analisar o que lhe seria mais benéfico no caso de ser descoberta praticando a conduta vedada pela norma: ou levar a cabo uma gestação

indesejada e ter que criar e educar sua prole; ou ser submetida a pena de detenção de um a três anos.

Caso a gestante entenda que a consequência da norma criminalizadora seja menor – passar de um a três anos reclusa – do que a consequência de levar a cabo uma gravidez indesejada - ter que criar e educar a sua prole, tendo um vínculo eterno com ela – o mais *eficiente* a se fazer seria a prática abortiva.

Observa-se que a gestante estará consciente das consequências da quebra da norma, calculando os seus desdobramentos internos e externos em sua completude quando da sua ruptura. Assim, se a gestante entender que é mais benéfico, para a sua vida, manter uma gravidez indesejada do que, eventualmente, ter que se submeter a pena de reclusão, então o mais eficiente a se fazer seria respeitar a norma.

Por outro lado, uma pessoa que quebra a norma pode também fingir obedecer para disfarçar a sua não obediência (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, pp. 236-237). Nesta hipótese, por exemplo, a mesma gestante que aborta, declama em voz alta, veemente e hipocritamente, contra uma outra pessoa que quebra a mesma norma, esperando assim esconder o fato de que ela mesma já a violou.

Isto por exemplo pode ser facilmente visualizado quando analisamos os números percentuais acerca da rejeição do aborto no Brasil. Segundo o Datafolha, em pesquisa realizada em 2010, 71% da população brasileira afirma que a legislação sobre o tema deve ficar como está, 11% defendem a ampliação das hipóteses legais e apenas 7% apoiam a descriminalização⁴.

Tendo em conta os números de pessoas que são contra a descriminalização do aborto e um provável número de pessoas que estão envolvidas com a prática abortiva, não seria errado afirmar que há um percentual considerável de pessoas envolvidas com a prática abortiva que, no entanto, sustentam a manutenção da norma incriminadora.

Este exemplo também traduz bem o que acontece na hipótese do indivíduo *honrar as normas* na sua quebra. Ou seja, apesar de quebrar a norma, falhar ao obedecer ao comando da norma, o indivíduo também destina uma outra resposta simpática à norma. Assim, honrar uma norma na quebra é um dispositivo através do qual o indivíduo que quebrou a norma espera persuadir os outros em sua aderência à norma que ele mesmo violou (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, pp 240-244).

Assim, apesar de algumas mulheres terem realizado em algum momento de sua vida o aborto, elas afirmam a necessidade das demais pessoas aderirem a norma contida no Código

⁴ Vide: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1110201003.htm>

Penal e não realizarem, portanto, a prática abortiva, de forma a não violar a norma que ela mesmo anteriormente violou.

Observa-se, desta forma, que às vezes uma pessoa quebra a norma sem qualquer intenção de que a norma seja mudada. Apesar de violar a norma, os indivíduos usam de boas medidas para enfatizar a confirmação do valor e da importância da norma que eles violaram.

Noutro passo, os indivíduos podem descumprir uma norma por agir em oposição à ela. Ou seja, frequentemente, as normas são quebradas porque agir em concordância com elas seria muito custoso (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, pp 237-238). Qualquer outro desejo que se tem de agir de acordo com a norma ou de agir contrário à ela, devem competir com uma outra gama enorme de outros desejos.

Em razão da existência de vários outros desejos, o agir de acordo com a norma não será possível. Dentro da oposição à norma, há duas possibilidades: em primeiro lugar, a oposição consciente e, em segundo lugar, a “*criança terrível*”.

No primeiro caso, pode-se dizer que se está escolhendo agir em contrariedade a norma para questioná-la, alterá-la ou para derrubá-la. Opositor da norma quer que os outros saibam que ele está descumprindo-a com o escopo de desafiar e mudar a realidade. Quanto mais publicidade, melhor. Opositor consciente quer gerar uma mudança no comportamento de todos e fazer com que a mudança da norma se aplique a todos (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, pp 238-239).

Torna-se difícil falar em gestantes que realizam a prática abortiva pelo simples fato de quererem questionar, alterar ou derrubar a norma, tendo em vista que o aborto envolve, em geral, muito sofrimento psicológico das autoras.

Possivelmente as pessoas que auxiliam na prática abortiva – sejam médicos, enfermeiros, curandeiros ou leigos – provavelmente não o fazem com o objetivo de questionar, alterar e derrubar a norma.

No entanto, podemos falar em uma oposição consciente um pouco diferente do conceito que foi aqui trazido. Por exemplo, na França, o aborto foi descriminalizado em 1975, em grande medida porque várias mulheres de alta sociedade – como Simone Du Beauvoir, Françoise Sagan, Gisele Halimi e Yvette Roudy – subscreveram um manifesto, intitulado *Le Nouvel Observateur*, assumindo que haviam praticado o aborto (TORRES, 2011). Ou o governo as criminalizaria ou modificaria a legislação. A mudança ocorreu em 1975, com o advento da Lei *Veil*.

Isso se reproduziu também no Brasil, onde algumas mulheres tentaram fazer o mesmo movimento para forçar o governo a discutir o aborto e, posteriormente, descriminalizá-lo. A

apresentadora Hebe Camargo e as atrizes Cássia Kiss, Cissa Guimarães, Arlete Salles, Aracy Balanian, por exemplo, assumiram que já fizeram aborto⁵. No entanto, tal fato não desencadeou uma discussão política no sentido de descriminalizar a prática abortiva.

Assim, as mulheres que já tinham realizado a prática abortiva, por seus motivos pessoais, se colocaram na posição de opositoras conscientes, para fazer com a norma fosse alterada. Elas não praticaram o aborto com o intuito que a norma fosse alterada, mas de acordo com seus motivos pessoais. Depois de realizarem a prática, afirmaram que realizaram o aborto, e afirmaram isso para que a norma fosse modificada. Algumas, inclusive, podem até mesmo não terem praticado o aborto, mas disseram que o fizeram para suscitar a alteração da norma.

No segundo caso, a “*criança terrível*” quer chamar a atenção. O indivíduo pratica a conduta vedada pela norma para chamar a atenção e irritar outra pessoa. A criança terrível não quer necessariamente mudar a norma, mas quer chamar atenção (BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN, SOUTHWOOD, 2013, pp 239-240).

Neste caso, acho difícil achar uma visualização usual correlacionada com a prática do aborto. Talvez pudéssemos falar na existência de algumas gestantes que, na intenção de chamar a atenção dos namorados, familiares ou pessoas próximas, realizem a conduta vedada pela norma.

Por todo exposto, observa-se que, no cenário da realidade brasileira, o abortamento é realizado com frequência. Se os dados atuais da OMS são de que um milhão de mulheres realizam a prática abortiva todo ano, podemos afirmar que o número de pessoas envolvidas no abortamento é muito maior – porque o número de registros encontrados pode não corresponder a total realidade do país e também porque, em grande parte dos casos, não apenas as gestantes estão envolvidas neste processo.

A incerteza da quantidade específica de pessoas envolvidas na quebra da norma gera um campo cinzento, denominado de cifras negras. Nesse passo, o número elevado de violação da norma jurídico-penal e de cifras negras são preocupantes (CUNHA, 1995, p. 372). O elevado número de cifras negras conduzirá ou à eliminação do tipo legal, ou ao incremento da persecução penal (CUNHA, 1995, p. 373).

5. Possíveis soluções

Conforme salientado, é inegável que a norma formal do aborto vem sendo descumprida, diariamente, por várias mulheres que carregam uma gestação indesejada, bem

⁵ Vide: <http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquisa/aborto/1513.html>

como por todo um aparato clandestino que realiza o aborto. Face a este descumprimento da norma formal do aborto, uma primeira consequência se impõe: precisamos falar – e muito – sobre o aborto!

Em um primeiro momento, cumpre ressaltar que, embora a norma formal da proibição do aborto seja reiteradamente descumprida, isto não é argumento o suficiente para pleitearmos a sua descriminalização. Se fosse assim, por haver um número alto de homicídios e um número alto de roubos, nos quais os agentes não são penalizados, o que mostra uma ineficácia parcial da norma, as normas penais que cominam pena para estas condutas também deveriam ser descriminalizadas (CUNHA, 1995, p. 373).

A norma formal do aborto possui ainda eficácia, por dois motivos. Em primeiro lugar, preventivamente, pessoas que se submetem ao aborto se não houvesse norma formal não o fazem justamente pela existência da norma ou, ainda, por medo da punição, em segundo lugar, repressivamente, as pessoas que realizam a prática abortiva ilegal e são descobertas vem sendo penalizadas.

A questão que nos impõe, neste momento, é: devemos descriminalizar as condutas abortivas ou endurecer a persecução penal? Dentro da ótica de uma sociedade igualitária e solidária, não há outro posicionamento coerente que não seja a descriminalização da prática abortiva.

O principal argumento para sustentar a proibição e a criminalização da prática do aborto, defendido veementemente pela Igreja Católica e por outras religiões, remete ao início da vida. A vida humana começa com a concepção. Há vida e há alma desde a concepção. Por um silogismo, não muito lógico, ser favorável ao aborto seria ser contrário a vida.

Todavia, cientificamente, não temos a certeza do momento exato onde a vida tem início. Além disto, vivemos em um Estado Laico, em que a Igreja e as religiões não deveriam influenciar os assuntos políticos e de Estado.

O aborto é uma questão de saúde pública! É uma realidade social a prática abortiva e é uma realidade social o fato de que muitas mulheres morrem em razão de abortos malsucedidos, realizados clandestinamente, sem a menor condição de higiene e saúde.

De acordo com os resultados à Pesquisa Nacional do Aborto (PNA), realizada em 2010, aproximadamente mais da metade das mulheres que fizeram o procedimento abortivo precisaram de atendimento médico, inclusive internações, em razão das complicações oriundas da prática abortiva (DINIZ e MEDEIROS, 2010).

Nesse contexto, cabe mencionar que “em regra, as mulheres que sofrem as consequências mais drásticas de um aborto clandestino são as mais pobres” (VIDAL, 2011, P.

437), pois não possuem condições de arcar com um aborto clandestino com um nível maior de segurança, sem que a sua saúde e a sua integridade física fiquem afetadas. O aborto clandestino realizado de forma insegura pode deixar diversas sequelas na gestante.

A questão do aborto deve ser discutida e transformada em prioridade na agenda da saúde pública nacional, por se tratar de uma questão de saúde pública, “excluindo, desta forma, a discussão do âmbito do direito à vida” (VIDAL, 2011, p. 438).

Além de ser uma pauta da saúde pública, o aborto é uma questão de igualdade. Tanto igualdade entre classes sociais, quanto igualdade entre os gêneros.

É inegável que a maior parte das mulheres que se submetem a condições precárias de aborto são as de classe social inferior, que não possuem condições financeiras para arcar com o procedimento abortivo realizado em clínicas clandestinas que tenham mínimas condições de higiene e segurança.

Não descriminalizar o aborto não significa que o aborto não continuará sendo realizado. Mulheres, que carreguem uma gravidez indesejada, continuarão realizando a prática abortiva. Se tiverem condições financeiras favoráveis, realizarão a conduta em clínicas clandestinas especializadas, com higiene e segurança. Se não tiverem condições financeiras, como a maior parte da população brasileira, irão se submeter os mais precários métodos abortivos.

Por outro lado, não descriminalizar o aborto e, pior, endurecer a penalização, continuará gerando desigualdade entre os gêneros. Por exemplo, o Estatuto do Nascituro é um projeto de lei que visa endurecer a proibição do aborto, inclusive nas hipóteses legais, determinando que a mulher vítima de estupro tenha que levar a cabo a sua gravidez e criar uma criança fruto de violência. O agressor, por sua vez, quando identificado, apenas deverá pagar pensão alimentícia. Se o Estatuto do Nascituro for aprovado continuaremos na lógica de permissividade ao homem - que tudo pode e que tudo faz - e de submissão da mulher.

Se o homem engravidasse, certamente o aborto seria permitido. Não é a toa que este é uma das questões dos movimentos feministas a favor da descriminalização do aborto. No entanto, o mundo machista e patriarcal em que vivemos, não permite que a mulher possa cuidar do seu próprio corpo. A autonomia do corpo da mulher vem sendo, sucessivamente, relegada e negada. Não é o Estado ou um juiz que deve decidir sobre os rumos do corpo e da vida de uma mulher, mas ela mesma.

Além disto, faz-se mister realizar uma distinção entre a realização da prática abortiva e a descriminalização do aborto. Diferente do que as correntes mais radicais sustentam,

descriminalizar o aborto não significa que todas as mulheres devem se submeter a esta prática. Mas dar a possibilidade de escolha para quem será mais afetada com a gestação: a mulher.

De acordo com Adriana Vidal (2011, p. 247):

A descriminalização do aborto não dependia de uma necessária convergência de entendimento entre todas as mulheres. Por mais que um dia deixasse de ser crime, nunca seria obrigatório, não sendo sequer obrigatório na hipótese de estupro ou gravidez de risco. Esse aspecto parece ser banal, porém, há confusão sobre o tema. Enquanto a permissão legal não obriga, mas possibilita àquelas que desejam interromper uma gravidez que o façam em segurança, a proibição simplesmente sujeita a todas as mulheres, vinculadas às mais variadas concepções morais. A completa interdição do aborto, inclusive com as possibilidades que a legislação brasileira já permitia, seria ainda mais séria, pois obrigaria a mulher a colocar a própria vida em risco ou a levar adiante uma gravidez decorrente de uma violência.

A descriminalização do aborto, portanto, teria a consequência de permitir a liberdade de escolha da mulher em seguir ou não com uma gestação, assumindo os riscos que criar e educar uma criança por vontade própria e não por determinação autoritária de um Estado falido, que não tem condições de assegurar as mínimas condições de saúde e de educação para seus cidadãos.

A grande alternativa e solução para os problemas sociais derivados da proibição legal da prática do aborto seria descriminalizar o aborto e, portanto, retirar o aborto do âmbito das normas formais.

As normas não formais, em especial as normas morais, referentes ao aborto já são suficientes para tutelar esta matéria. As mulheres que por convicções pessoais e morais não desejem realizar a prática abortiva terão a liberdade de escolher não fazê-lo. Já as mulheres que por convicções pessoais e morais preferiram escolher fazê-lo, terão também a sua liberdade de escolha assegurada.

Por fim, cabe salientar que a manutenção da criminalização do aborto possui consequências práticas nefastas também para o sistema carcerário. Um milhão de mulheres brasileiras fazem aborto por ano. É um número significado de pessoas, que não pode ser varrido para debaixo do tapete. A manutenção da criminalização do aborto e, conseqüentemente, a detenção de todas essas mulheres, bem como do aparato clandestino de clínicas que realizam o aborto, irá gerar um problema carcerário complicado: a superlotação dos presídios. O sistema penitenciário brasileiro não possui condições físicas e estruturais para comportar este número.

Conclusões

Por todo o exposto, a prática do aborto é uma realidade social que, inegavelmente, precisa ser discutida com franqueza e seriedade, sem hipocrisia. Acerca da temática do aborto circundam normas informais, morais e sociais, bem como normas formais.

O Código Penal proíbe e criminaliza a prática do aborto nos artigos 124, 125 e 126, salvo nos casos de gravidez decorrente de estupro, em caso de risco para a saúde da gestante e também, por construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, nos casos de anencefalia.

Observa-se que a norma incriminadora possui funções preventivas e repressivas. Preventivamente, muitas mulheres que fariam o aborto não o fazem em obediência a norma legal ou, alternativamente, por medo da sanção. Repressivamente, as mulheres que realizam a prática abortiva e são descobertas vem sendo penalizadas por isso.

No entanto, apesar de haver proibição legal, observa-se que o aborto é uma realidade na vida de muitas mulheres que descobrem estarem carregando uma gravidez indesejável. A quebra da norma proibitiva do aborto ocorre por diversos motivos, conforme anteriormente analisado.

Além de ser uma questão de saúde pública, a descriminalização do aborto também é uma questão de promoção de igualdade. Promoção de igualdade entre as classes sociais, porque as mulheres que se submetem as práticas abortivas clandestinas precárias e sem higiene são aquelas que não possuem condições financeiras. Promoção de igualdade entre gêneros, porque se o homem engravidasse, a questão seria discutida sob uma ótica diferente.

Nesse sentido, sugere-se a descriminalização do aborto, como uma prática humanitária solidária e consciente, para que a mulher possa ter liberdade de escolha sobre o seu corpo e sobre a sua vida. Por outro lado, as normas informais, em especial as normas morais, continuarão influenciando na questão do aborto, sendo estas suficientes para realizar a sua regulação.

Referências Bibliográficas

ALVARENGA, Augusta Thereza de; SCHOR, Néia. **O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados.** Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano. São Paulo: IV, n.2, p. 12-17, 1994.

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida.** Belém: UNAMA, 1999.

ARISTÓTELES. **A política.** Trad. Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

BRASIL, Código Penal, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

BRENNAN, Geoffrey; ERIKSSON, Lina; GOODIN, Robert E.; SOUTHWOOD, Nicholas. **Explaining Norms**. Oxford University Press, 2013.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DELLAPENNA, J. **The History of Abortion, Technology, Morality and Law**. University of Pittsburgh: Law Review, 1979.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliary com técnica de urna**. Revista de Ciência e Saúde Coletiva, vol 15, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em: 25 de novembro de 2011.

GALEOTTI, Guilia. **História do aborto**. Coimbra: Edições 70, 2007.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1981.

KANT, Immanuel. **Lógica**.

OLIVEIRA, Adriana Vidal de. **A Constituição da mulher brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional**.

POSNER, Eric A. **Symbols, signals and social norms in politics and the law**. Journal of Legal Studies: 1998, pp. 765-798.

PLATÃO. **A República**. Introd. e trad. Maria Helena Rocha Pereira. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

PRADO, Danda. **Que é aborto**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto. Legislação Comparada**. Revista EPOS. Disponível em: <<http://revistaepos.org/?p=591>> Acesso em 25 de novembro de 2014.

Revista TPM, 148. **Uma em 1 milhão**. Disponível em: <<http://revistatpm.uol.com.br/editorial/148/uma-em-1-milhao.html>> Acesso em 24 de novembro de 2014.

Folha de São Paulo. **Aumenta a rejeição ao aborto no Brasil**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1110201003.htm>> Acesso em 24 de novembro de 2014.

O Globo. **Aborto precisa ser discutido sem hipocrisia**. 29/09/2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/aborto-precisa-ser-discutido-sem-hipocrisias-13991389>> Acesso em 24 de novembro de 2014.

Veja. **“Nós fizemos aborto”**. Disponível em:
<<http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquise/aborto/1513.html>> Acesso em 24 de
novembro de 2014.