

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

**GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I**

**CECILIA CABALLERO LOIS**

**SILVANA BELINE TAVARES**

**ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO**

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 Napolini 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

---

G326

Gênero, sexualidade e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Silvana Beline Tavares, Anderson Orestes Cavalcante Lobato – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-543-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://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. Discriminação. 3. Exclusão de gênero.  
4. Movimento feminista XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

---

### **Apresentação**

O Grupo temático Gênero, Sexualidade e Direito retoma mais uma vez uma proposta de discussão sobre temas de extrema relevância em relação aos direitos das mulheres e da população LGBTTTs (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e transgêneros). Traz para o debate uma grande quantidade de trabalhos que analisam as questões de identidade e sexualidade e das orientações sexuais discriminadas. Perspectivas que tem tomado importantes espaços acadêmicos e de movimentos sociais se faz presente nas múltiplas temáticas desenvolvidas por autoras e autores nos trabalhos apresentados.

Cabe lembrar que estamos vivendo momentos de extremo retrocesso em relação às questões de gênero e das sexualidades, com caráter classista, racista e machista, tanto no âmbito público quanto privado. Propostas que buscam avançar em relação a igualdade de gênero relacionadas às questões do aborto, sexualidade e homossexualidade são impedidas no Congresso Nacional com segmentos moralistas e conservadores, que, desconsideram o número de mortes e todos os tipos de violência contra as mulheres e os LGBTTTs.

Parece-nos então, emergencial que este Grupo continue como um espaço de demarcação de denúncias das desigualdades de gênero no combate à disparidade e discriminação por uma sociedade em que, a democracia seja reconfigurada e produza relações nas quais mulheres na sua pluralidade e a população LGBTTTs tenham tratamento respeitoso e igualitário.

Boa leitura!

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares - UFG

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois - UFRJ

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

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](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# **A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO VIOLAÇÃO DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO**

## **THE CRIMINALIZATION OF ABORTION AS A VIOLATION OF THE RIGHT TO THE OWN BODY**

**Natalia Petersen Nascimento Santos <sup>1</sup>**

### **Resumo**

O presente estudo que tem como finalidade a análise dos discursos em torno da temática do aborto à luz da dignidade da pessoa humana, seja no sentido da manutenção da sua criminalização, seja no sentido da descriminalização. Para tanto, buscou-se executar uma breve revisão bibliográfica acerca da dignidade da pessoa humana aplicada à perspectiva de gênero, passando-se à abordagem de alguns argumentos favoráveis à manutenção da proibição da conduta abortiva, travando-se, no último capítulo, uma discussão em torno dos argumentos contrários à criminalização da interrupção da gestação, reclamando maior autonomia da mulher sobre si.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana, Aborto, Liberdade de gênero

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this study is to analyze the discourses around abortion in the light of the dignity of the human person, either in the sense of maintaining their criminalization or in the sense of decriminalization. In order to do so, a brief bibliographical review of the dignity of the human person applied to the gender perspective was carried out, with a few arguments favorable to the maintenance of the prohibition of abortive conduct, in the last chapter a discussion Around the arguments against the criminalization of the interruption of gestation, demanding more autonomy of the woman about itself

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Dignity of human person, Abortion, Freedom of gender

---

<sup>1</sup> Mestra e Doutoranda

## **1 INTRODUÇÃO**

Com a progressiva mudança de comportamento e pensamento de parte das mulheres, cuja influência se deve em medida considerável aos discursos feministas que impulsionam a busca pela igualdade entre os gêneros e o empoderamento feminino, a sociedade passou a vivenciar um conflito fervoroso sobre a descriminalização do aborto. De um lado pessoas clamam pela a legalização da conduta, enquanto, de outro, propagam-se as propostas com a finalidade de tornar mais severa as medidas penais de repreensão à interrupção da gravidez. Parte dos defensores da legalização do aborto, a princípio, buscam uma ponderação de interesses, a fim de que o poder da mulher sobre o próprio corpo seja respeitado. Esse respeito, busca-se, seja prevalente sobre a suposta necessidade social de reprimir o aborto, sobre o respeito aos direitos reprodutivos do homem enquanto genitor e sobre um suposto direito à vida do feto, atribuindo à gestação caráter de extensão ao corpo feminino, de modo que caiba a esta o direito de decidir os rumos do próprio ser físico e mental.

A fim de discutir a presente a temática, buscou-se realizar uma breve análise acerca da dignidade da pessoa humana aplicada à perspectiva de gênero, em sede de primeiro capítulo, passando-se, em sede de segundo capítulo, a análise de alguns argumentos favoráveis à manutenção da proibição da conduta abortiva, travando, no último capítulo, uma discussão em torno dos argumentos que contestam a criminalização do aborto, reclamando maior autonomia da mulher sobre seu corpo, enaltecendo seu papel de pessoa em detrimento de sua condição de reprodutora.

O presente estudo que tem como finalidade a análise dos discursos em torno da temática do aborto à luz da dignidade da pessoa humana, seja no sentido da manutenção da sua criminalização ou da sua descriminalização. Buscou-se realizar uma breve análise acerca da dignidade da pessoa humana aplicada à perspectiva de gênero, em sede de primeiro capítulo, passando-se, em sede de segundo capítulo, a análise de alguns argumentos favoráveis à manutenção da proibição da conduta abortiva, travando, no último capítulo, uma discussão em torno dos argumentos que contestam a criminalização do aborto, reclamando maior autonomia da mulher sobre seu corpo, enaltecendo seu papel de pessoa em detrimento de sua condição de reprodutora.

## **2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS RELAÇÕES DE GÊNERO**

A dignidade da pessoa humana encontra-se estampada na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, III, ostentando, ao lado da soberania nacional, da cidadania, do pluralismo político e da livre iniciativa, status de fundamento do Estado Democrático de Direito. Mais que um mero direito fundamental ou um princípio norteador e direcionador da interpretação das normas, ele serve de base para a estrutura política e ideológica do Estado brasileiro, sendo também um parâmetro norteador para a própria delimitação dos outros princípios.

Desse modo, não se pode falar em direito à igualdade, direito à vida, à liberdade religiosa, ou mesmo no direito ao corpo sem ponderar tal postulado, sob pena de se infringir todo o sistema democrático vigente.

Mas o que seria a dignidade? Constituiria a garantia à uma “vida digna”? Seria o direito individual e coletivo de se alimentar, ter momentos de lazer, educação e saúde de qualidade? Em que pese todos estes aspectos sejam reflexos do postulado em referência, os mesmos não podem ser confundidos com seu conteúdo.

Sebastião Mello (2010) remonta o estudo da dignidade ao pensamento de filósofos como Sófocles, Aristóteles e Kant. Conforme ressalta o autor, a diferenciação entre os seres humanos e os outros entes presentes na natureza tem sido constantemente ressaltado na ideia de dignidade. Sófocles compreendia o homem como único em relação aos demais elementos da natureza, enquanto Aristóteles entendia o homem como ser mais elevado dentre os demais. Sua teoria merece destaque em razão da tese de que o ser humano seria dotado de uma alma racional e que a alma humana possuiria um traço peculiar de excelência consistente na racionalidade, a qual situava o homem num plano superior em relação aos demais seres (MELLO, 2010).

Sarlet (2012) atribui à Samuel Pufendorf a elaboração de uma formulação racional da dignidade humana, com fundamento na liberdade moral, como elemento de distinção do ser humano. Todavia, aponta Immanuel Kant como o responsável pelo abandono definitivo dos elementos sacrais do conceito de dignidade.

A dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva atual, deriva do imperativo categórico kantiano, segundo o qual o homem, enquanto ser racional, deveria ser valorizado pela sua essência humana e não por seu status social. Segundo tal pensamento, o indivíduo humano possui valor intrínseco a essa condição e não por outras funções que exerça ou espaços que ocupe.

Partindo desta perspectiva, a dignidade da pessoa humana acaba por vedar a objetivação do ser humano, sua coisificação, trazendo em sua ideia a impossibilidade de que um indivíduo seja considerado meio, haja vista sua condição inexorável de ser cuja finalidade se esgota em si mesmo.

Segundo Kant (2013, p.28),

[...]o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento: mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado ao mesmo tempo como fim. Todos os objetos das inclinações têm somente valor condicional, pois que, se as inclinações e as necessidades que delas derivam, não existissem, o objeto delas seria destituído de valor. Mas as próprias inclinações, como fontes das necessidades, possuem tão reduzido valor absoluto que as torne desejáveis por si mesmas, que o desejo universal de todos os seres racionais deveria consistir, antes, em se poderem libertar completamente delas. Pelo que é sempre condicional o valor dos objetos que podemos conseguir por nossa atividade. Os seres, cuja existência não depende precisamente de nossa vontade, mas da natureza, quando são seres desprovidos de razão, só possuem valor relativo, valor de meios e por isso se chamam coisas. Ao invés, os seres racionais são chamados pessoas, porque a natureza deles os designa já como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio [...].

Em uma perspectiva filosófica e política atingida a partir da Antiguidade Clássica, é possível se verificar que, nem sempre, o valor do ser humano foi intrínseco à sua mera existência, pois a dignidade era aferida em graus, representada pela posição que se ocupava na sociedade, existindo pessoas mais dignas que outras, conforme se depreende das palavras de Sarlet (2012, p.34/36):

[...] verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. [...] quando se fala de dignidade de cargos e funções, na honra e imagem da pessoa no seu contexto social [...] a noção de dignidade da pessoa humana adquire [...] um duplo significado, visto que, por um lado o homem possui uma dignidade que decorre de sua posição mais alta na hierarquia da natureza, já que é o único ser racional dentre os animais, o que lhe assegura uma posição especial no universo (sentido absoluto de dignidade), ao passo que, já em outro sentido, relativo, a dignidade está vinculada à posição social do indivíduo, posição esta que poderá ser alterada ao longo de sua existência.

Como é possível perceber, a dignidade estava associada ao nível hierárquico ao qual o indivíduo pertencia, sendo o acesso dos direitos fundamentais como um todo diretamente relacionado a este. Quanto mais alta fosse a casta a que o sujeito pertencesse, mais amplos eram seus direitos fundamentais e o inverso era verdadeiro (SARLET, 2012).

Nesse sentido, a história apresenta relatos de desigualdades entre homens e mulheres, demonstrando que, corriqueiramente, estes possuíram diferentes posições e valores para as sociedades em que viveram, estando a mulher reiteradamente ocupando papel de objeto e meio para o alcance dos objetivos sociais das instituições patriarcais. Na Grécia, por exemplo, as mulheres não eram consideradas dignas de cidadania, estavam impedidas de votar e se submetiam ao poder marital. Em contrapartida, os homens eram detentores não apenas do poder

marital, como do poder paternal, além de serem considerados livres em sua essência, possuindo, portanto, direito ao voto e a participação no exercício do poder público (ARISTÓTELES, 1998).

Na idade média, clérigos como São Paulo, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, apregoavam um discurso misógino em relação às mulheres, as quais eram, *a priori*, esboçadas como seres inferiores, que demandavam a proteção e o direcionamento masculino (NASCIMENTO, 1997).

José Rivair Macedo (1990), demonstra em sua obra “a mulher da idade média” que é possível identificar que os clérigos elaboravam, basicamente, duas imagens femininas: a da mulher má ou a da mulher perfeita, criando estereótipos baseados em Eva e em Maria, mãe de Jesus, cuja gestação teria advindo da virgindade.

A história mais divulgada, interpretada e analisada à época, segundo Macedo (1990), fora a de Eva, criada, segundo os contextos bíblicos, à semelhança de Adão, o qual por sua vez, correspondia à imagem do próprio Deus. Assim, a mulher, que se tratava apenas da “imagem da imagem”, era, por correspondência lógica, naturalmente inferior ao homem.

Não apenas nesse aspecto a Bíblia fora utilizada para disseminar discursos discriminatórios e de inferiorização, Santo Ambrósio, no século V, sustentava que a responsabilidade do pecado original não poderia ser atribuída às mulheres, haja vista que, pela natureza dos sexos, a inteligência consistia em característica atinente ao sexo masculino, enquanto a sensibilidade é que seria típica do sexo feminino. Isso permitia o afastamento das mulheres de atividades racionais e as limitava à atuação no seio familiar.

No sec. XVIII a.C., o Código de Hamurabi atribuía valor superior à honra masculina que à própria vida feminina, quando determinava que “se contra a mulher de um homem livre é proferida difamação por causa de um outro homem, mas não é ela encontrada em contato com outro, ela deverá saltar no rio por seu marido” (SOUZA, 2009).

Com a mudança no discurso filosófico e a ascensão do conceito kantiano de autonomia aplicado à constituição contemporânea, essas diferenciações não podem mais ser toleradas, devendo o valor de cada sujeito ser reconhecido intrínseco à sua condição humana e, por consequência lógica, sua autodeterminação respeitada. Não se pode permitir um discurso de superioridade e de imposição das vontades, da dominação dos homens sobre as mulheres, nem tampouco destas sobre aqueles, quaisquer que sejam as esferas de poder, afinal: “autonomia e dignidade estão, [...], intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados, visto que a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao

passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética” (SARLET, 2012, P.40).

Por se tratar de valor que fundamenta o próprio Estado Democrático, a dignidade vincula a validade das normas jurídicas de todo o ordenamento, as quais precisam estar em harmonia com os ideais do projeto jurídico e cidadão posto, ou seja vincula não apenas a promoção da igualdade e autonomia entre os sujeitos como também afasta dispositivos e condutas que promovam desigualdades infundadas, bem como as que transgridam a autonomia individual.

Ricardo Maurício Freire Soares (2010), para quem o Direito consiste numa construção axiológica e teleológica que demanda a aplicação de princípios jurídicos, descreve a dignidade como um axioma da civilização ocidental e fundamento concreto do direito justo, que importa num reconhecimento de uma tutela que assegure condições materiais de subsistência e dos valores espirituais do indivíduo, pois a pessoa humana encerra um fim em si mesmo, obstando sua coisificação, sua degradação e seu aviltamento, visto que por ser o único ente dotado de vontade racional, também é o único capaz de se guiar pelas próprias leis.

Nas palavras de Soares (2010, p. 128):

[...] entre os diversos princípios éticos que adquiriram *status* constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como forma de degradação, cujo valor intrínseco, impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana.

Respeitar o ser humano, considerando ser este um fim em si mesmo, obstando sua coisificação, implica no reconhecimento de sua liberdade e sua autodeterminação, restringindo as hipóteses de intervenção estatal na intimidade do sujeito e vedando a designação deste pela vontade individual de terceiros. Afinal, se o sujeito é um fim em si mesmo e todos os humanos possuem o mesmo valor, as opiniões e o valor atribuído a alguns não podem se sobrepor às opiniões de outros indivíduos, do contrário, esta seria o reconhecimento da desigualdade entre os humanos e da própria invalidade do postulado da dignidade.

### **3 BREVES ANÁLISE DOS ARGUMENTOS EM FAVOR DA PROIBIÇÃO DO ABORTO**

Claramente os argumentos em favor da manutenção da vida embrionária acabam por captar uma série de adeptos, além de auxiliar aqueles que, sem compreender muito bem a complexidade da questão ou mesmo refletir adequadamente sobre o assunto, acabam por reproduzir os diversos discursos de maneira indiscriminada, apenas com o intuito de emprestar à sua opção ideológica uma suposta lógica jurídica inafastável.

Ocorre que todos estes discursos precisam ser conhecidos e, principalmente, analisados, pois, embora se possa sustentar ideologicamente a manutenção de uma reprovação moral, do ponto de vista jurídico o sistema deve comporta uma lógica que envolve muito mais a análise dos direitos fundamentais, princípios, regras jurídicas e a ponderação de interesses que o puro sentimento religioso e a sensação individual de dano.

O primeiro discurso que é amplamente invocado para encerrar o debate em relação à criminalização do aborto é o da existência de suposto direito à vida do feto. Este é reiteradamente sustentado como absoluto pelos seus defensores.

De acordo com esse pensamento, o ordenamento jurídico brasileiro teria o direito à vida como preceito fundamental e inviolável, que estaria sendo desrespeitado caso a legislação permitisse a ocorrência de um aborto.

Danilo Belmonte e Edgar Rodrigues (2015), buscando investigar a condição dos embriões fertilizados *in vitro*, em momento anterior à implantação uterina, chegaram à conclusão que, em razão de o embrião carregar consigo características próprias de um indivíduo, bem como a possibilidade de se desenvolver e gozar de uma vida extrauterina, a eliminação deste embrião, embora não possa ser considerado aborto, compreenderia sim uma eliminação de vida humana que mereceria atenção e repreensão.

Esse entendimento é compartilhado por Cláudia Regina Magalhães Loureiro (2009, p. 85-87), segundo a qual o ser humano só passa a existir a partir do momento em que o mesmo possui um corpo e, segundo a referida autora, tal formação teria início com a própria fecundação.

Ives Gandra da Silva Martins (2013, p.01), nomeia de “homicídio uterino de nascituros anencéfalos” o aborto autorizado pelo Supremo Tribunal Federal em situações de gravidez de feto anencefálico, em razão de considerar que a inviolabilidade da vida humana possui resguardo desde sua concepção, pois, assim como os autores *supra* referidos, Martins compreende o feto como ser humano desde sua concepção. Para tanto, o autor invoca, inclusive, o Pacto de San José da Costa Rica, segundo o qual toda vida deveria ser respeitada e protegida desde o momento de sua concepção.

Inegavelmente, existe um direito constitucional à inviolabilidade da vida, que nos obriga a respeitar todas as vidas humanas. Esse direito decorre de disposição expressa da Carta Magna e costuma impor ao sujeito o seu respeito e sua proteção, inclusive a nível embrionário, caso se possa efetivamente considerar o embrião desde sua concepção como vivo, compreensão que, inclusive, possui divergências<sup>1</sup>.

Independentemente do seu caráter inviolável dado pela Constituição Federal de 1988 à vida, essa propriedade não lhe eleva ao status de absoluto, de modo que pode haver situações em que o próprio diploma normativo permita a violação de uma vida humana, quando se está diante de um sério conflito de direitos fundamentais igualmente invioláveis.

#### **4 A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO NEGAÇÃO À DIGNIDADE DA GESTANTE: A MULHER COMO MEIO**

Algumas teorias em torno da descriminalização do aborto apontam que a vedação criminal da conduta, a qual obriga a mulher a manter o produto da concepção dentro de si durante tempo suficiente para se gestar um ser humano, seria uma violação ao seu direito à autodeterminação corporal. Tal compreensão decorreria diretamente do reconhecimento à inviolabilidade da liberdade individual como um dos direitos à personalidade, os quais são considerados inatos aos seres humanos e se manifestariam a partir do nascimento de seu titular, cuja *ratio essendi* nos remete ao direito natural.

Esses direitos, compreendidos como absolutos inclusive por autores positivistas, teriam sua relativização, transmissão, prescrição e penhorabilidade vedadas em razão de seu caráter essencial, além de serem reconhecidamente oponíveis *erga omnes*, o que permitiria que seu titular o opusesse contra qualquer um (BITTAR, 2000).

---

<sup>1</sup> Existem várias doutrinas acerca do momento do início da vida humana. Para a corrente concepcionista o novo ciclo de vida começa com a concepção, a exemplo do que defende Cesar Roberto Bitencourt (2015), o qual ressalta que o Código Civil teria assegurado os direitos do nascituro desde a formação da célula ovo, de maneira que o aborto consistiria em uma interrupção da gravidez “durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto”. Para se sustentar tal assertiva, é preciso que se aceite que o início da vida se confunde com a própria fecundação do óvulo feminino. Para autores com tal pensamento, a utilização de determinados modelos de DIUs ou pílulas anticoncepcionais se tratariam de métodos abortivos e, portanto, não deveriam ser permitidos. Outros autores afastam o referido marco para momento posterior, sustentando a teoria genético-desenvolvimentista, eles remetem o início da vida à efetiva nidação, ou mesmo a formação de determinados órgãos imprescindíveis ao efetivo desenvolvimento e sobrevivência do ser.

Partindo desse pressuposto, a obrigação pessoal de manter uma gestação, qualquer que seja sua fundamentação, feriria irremediavelmente o direito da pessoa sobre seu corpo e, por consequência, o próprio direito à liberdade individual da mulher.

Ocorre que este é um posicionamento recente em relação aos direitos femininos, principalmente no que concerne ao seu direito à reprodução. Pierre Bourdieu destaca que “[...] os anatomistas de princípios do sec. XIX (sobretudo Virey), ampliando os discursos moralistas, tentam encontrar no corpo da mulher a justificativa do estatuto social que lhes é imposto [...]” (BOURDIEU, 2010, p. 24). Desse modo, ao contrário de suas características biológicas sustentarem seu espaço social, seria justamente seu espaço social que interferiria na interpretação feita de sua anatomia.

Ainda de acordo com Bourdieu (2010, p.33):

Longe de as necessidades da reprodução biológica determinarem a organização simbólica da divisão social do trabalho e, progressivamente, de toda a ordem natural e social, é uma construção arbitrária do biológico, e particularmente do corpo, masculino e feminino, de seus usos e de suas funções, sobretudo na reprodução biológica, que dá um fundamento aparentemente natural à visão androcêntrica da divisão de trabalho sexual e da divisão sexual do trabalho e, a partir daí, de todo o cosmos.

Vê-se, pois, que a imposição da responsabilidade de procriação ao feminino, antes de qualquer coisa, é determinada pelos mecanismos de dominação androcêntrica. Na medida em que quando a sociedade retira da mulher sua possibilidade de escolha sobre a conveniência da manutenção de uma gestação, retira-lhe, em verdade, o poder sobre a reprodução social, entregando aos homens o domínio dessa esfera da vida<sup>2</sup>, já que o ato sexual, costumeiramente, também é controlado pelos mesmos<sup>3</sup>.

E é justamente essa função que acarreta a criminalização do aborto segundo pode-se depreender dos ensinamentos de Nelson Hungria (1981). Conforme assevera o autor, apesar

---

<sup>2</sup> Quando se analisa todos os aspectos de dominação do masculino sobre o feminino, percebe-se que a cultura imposta entrega aos homens o domínio sobre sua vida, sobre a vida de suas esposas e companheiras e, inclusive, o domínio sobre a formação de suas famílias. Na contemporaneidade, menos que há alguns anos atrás, os homens possuem fortes poderes sobre suas esposas e companheiras, seja por deterem mecanismos de dominação psicológicos, econômicos, pelo medo ou qualquer que seja o motivo. Isso faz com que os mesmos possuam domínio sobre a prática do ato sexual e sobre o uso de métodos contraceptivos, proporcionando aos mesmos o controle também sobre a reprodução.

<sup>3</sup> Verifica-se que até pouco tempo os homens possuíam sobre suas esposas, por exemplo, controle total sobre a ocorrência do ato sexual. Enquanto a mulher não tem, como regra, força física para obrigar um homem a aderir ao ato sexual, o estupro entre homens e mulheres não foi considerado possível durante muitos anos por doutrinadores penais extremamente conceituados como Magalhães Noronha *In* NORONHA, Magalhães. Crimes contra os costumes. Comentários aos arts. 213 a 226 e 108, n. VIII do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 53; Nelson Hungria entendia de igual maneira, posto que segundo o autor “o crime de estupro teria como pressuposto a cópula ilícita, vez que a cópula matrimonial seria dever recíproco dos cônjuges *In* HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol III, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 114.

dessa necessidade de procriação que algumas sociedades possuíam, a história também demonstra que nem sempre o aborto consistiu em uma conduta proibida. Aliás, de regra mostrava-se impune, desde que não praticado por meios violentos. Hebreus, gregos e romanos já lançaram mão do método com muita naturalidade, independentemente de classe social.

Aristóteles, aponta Hungria (1981, p.270), aconselhava o aborto para a manutenção do equilíbrio social e subsistência, enquanto Platão aconselhava o método a todas as mulheres que iniciassem uma gestação depois dos quarenta anos. Em Roma, à época da lei das XII Tábuas, o aborto não era crime, inclusive o feto era considerado como integrante do corpo feminino e, ao contrário do pensamento jurídico atual predominante no Brasil, “a mulher que abortava, nada mais fazia do que dispor do próprio corpo”.

A abolição do aborto surge quando este passa a ser considerado uma lesão ao “direito do marido à prole” e à época do Septimo Severo passa a ser criminalizado com penas gravíssimas.

Não restam dúvidas, então, que a manutenção forçada da gestação representa a materialização da desigualdade entre os gêneros, reafirmando a superioridade do masculino, uma vez que o direito do homem à prole é o suficiente para reduzir uma pessoa a um mero meio de reprodução.

Silvia Beline Tavares (2008), sustenta ser a criminalização do aborto um reflexo da imperatividade dos valores religiosos sobre a atuação de um Estado que deveria ser laico, além de consistir em uma consequência da ausência de autonomia efetiva por parte das mulheres, as quais estariam submetidas a uma ordem econômica e social machista, que impõe às pessoas do gênero feminino um comportamento e uma moral que não é, necessariamente, compartilhado por estas.

Para a Autora, trata-se de situação que vincula os corpos femininos compulsoriamente “aos valores construídos pela moral do outro, ou seja, a mulher tem em seu corpo as marcas de um discurso que não é seu” (TAVARES, 2008, p. 61), restringindo a sua cidadania.

Analisando de uma perspectiva jurídica, a imposição da continuidade de uma gestação submete a mulher à restrição de sua autodeterminação corporal e repercute, inclusive, na sua dignidade, na medida em que tal postulado encontra-se intrinsecamente ligado ao exercício da liberdade individual.

Reconhecer a dignidade de alguém demanda que, antes, ele seja encarado como ser humano e racional, capaz de agir conforme a autonomia de sua vontade, motivo pelo qual estaria vedada sua objetivação. Respeitar o sujeito como fim em si mesmo e como ser autônomo, impõe ainda que se respeite suas escolhas e os destinos de sua vida, de seu corpo físico e mental. Com isso, a imposição feita a uma mulher para que ela mantenha uma gestação que contraria sua vontade, acaba por representar a supressão do direito de escolha dos rumos de seu corpo e, por consequência, da própria dignidade.

Laura Davis Mattar e Carmen Diniz (2012) destacam que a regulamentação da reprodução já foi considerada necessária para assegurar a reprodução da ordem social, garantindo que a mulher ocupasse o papel que lhe cabia em sociedade, qual seja de mãe, esposa e dona de casa.

Em determinadas sociedades, o estágio de desenvolvimento que estas viviam, além de questões como expectativa de vida, guerras e capacidade de combate à determinadas doenças, efetivamente acabavam por impor às pessoas do sexo feminino, assim como às pessoas do sexo masculino, a necessidade de procriação e, a interrupção da gravidez poderia colocar a perpetuação da espécie humana em perigo.

Esse pensamento é confirmado em determinada medida por Peter Brown (1990), segundo o qual durante o Império Romano, sec. II d.C., a expectativa de vida das pessoas era inferior aos vinte e cinco anos, de modo que apenas quatro a cada cem homens alcançavam idades superiores aos cinquenta anos, enquanto entre as mulheres esses números eram bem menores o que demandavam uma forte política em prol da procriação dos indivíduos. O imperador Augusto, segundo o Brown, punia os solteiros e recompensava as famílias por seus filhos justamente em razão dessa realidade.

Ocorre, todavia, que a referida necessidade de reprodução do ser humano encontra-se no passado. A sociedade já ampliou em muito sua expectativa de vida e tal imperativo não se faz mais necessário. Ainda que assim fosse, nosso sistema jurídico, ao reconhecer igualdade entre homens e mulheres e a dignidade inerente a todos os seres humanos, indiscriminadamente, impede que tal imposição seja considerada razoável, posto se tratar de uma evidente objetivação do ente, principalmente da mulher, cuja liberdade de escolha do ponto de vista fisiológico acaba restringido por nove meses. Sua função social de procriadora passa a ter valores superiores à sua condição humana.

Bernardo Scelza (1993), ao apreciar o crime de aborto, afirma se tratar de uma incongruência que a tutelar da vida de um feto seja superior ao respeito pela existência da gestante. Para tal autor, quando a mãe executasse o aborto, operaria sobre si a destruição do produto da concepção, que corresponderia, basicamente, a um aspecto do organismo dela.

Ainda, de acordo com Scelza (1993), a esperança de vida que possui o feto não pode ser mais valiosa que uma vida já existente, de modo que esta não pode ser juridicamente mais relevante que os direitos da pessoa que carrega a gestação.

Essas liberdades reprodutivas começaram a ser reconhecidas com a reivindicação do aborto e de métodos contraceptivos e tinha como objetivo a desconstrução da maternidade como uma obrigação feminina. Para Mattar (2017), enquanto criminaliza o aborto, a sociedade acaba por atribuir mais valor à potencial vida do feto do que ao direito que a mulher deveria possuir sobre seu corpo e integridade corporal, violando, assim, sua intimidade e autonomia.

Este não seria, porém, o primeiro ou único marco legal a considerar a vida humana feminina menos valiosa que outros objetos jurídicos. Basta analisar o histórico de normas brasileiras e estrangeiras, que reiteradamente, durante a história, inferiorizaram sobremaneira o feminino. O Código de Hamurabi, como já dito, atribuía maior valor à honra de seu esposo que à sua própria vida, obrigando-a a saltar de um rio para garantir a honra injustamente afrontada de seu marido.

Em que pese estarecedora sobreposição de valores, desde os séculos II a.C., a mulher não apenas não possuía valor como pessoa, mas também não possuía qualquer resquício de autonomia. Simplesmente, o código não reconhecia a mulher como pessoa capaz de gerir sua própria vida, uma vez que, segundo seu art. 415 estaria sob a guarda do seu pai durante a infância, sob a guarda do seu marido durante a juventude e, durante a velhice, seus filhos deteriam sua guarda. Aliás, conforme determinação expressa da norma, ela jamais se conduziria à sua vontade.

Para a legislação nacional de 1916, cuja modificação só aconteceu em 2002, a mulher era considerada relativamente incapaz ao lado dos pródigos, silvícolas e menores de dezesseis anos, ficando submetida à tutela marital para que seus atos pudessem ser considerados válidos.

Não fossem as referidas disposições suficientes, a Lei nº 9.263/1996, que trata dos requisitos necessários para a realização de esterilização, estabelece que, além de idade mínima e número mínimo de filhos vivos, os candidatos à execução do procedimento, quando na

vigência da sociedade conjugal, só podem executá-la se aceita pelo outro cônjuge. Deve-se observar, que o Estado quando impõe determinados critérios à pessoa para que esta possua o direito de realizar o procedimento, está violando o direito à autodeterminação corporal desta pessoa. Não há apenas requisitos para assegurar a validade da declaração de vontade, mas também requisitos que acabam condenando uma mulher que decidiu nunca ter filhos, por exemplo, à impossibilidade de definir os rumos de seu corpo.

Considerando que a mulher possui direito constitucional à privacidade que incluiria o direito à procriação e igualmente ao aborto, bem como que aos estados não é dado o direito de limitar o arbítrio das pessoas injustificadamente, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1973, emitiu julgamento histórico. No famoso caso *Roe contra Wade*, a corte considerou que os estados do país não tinham o direito de proibir o aborto até o quarto mês de gestação e que antes do sétimo mês a conduta só poderia ser vedada com a exclusiva finalidade de proteger a vida da gestante (DWORKIN, 2009). Apesar das diversas críticas emanadas, inclusive, dos juízes que compõem o tribunal citado, a decisão se mantém, contendo a compreensão de que o direito à reprodução se revela como um aspecto do direito à intimidade e autonomia, não podendo o Estado se envolver nesses aspectos, sob pena de violação da própria dignidade da pessoa humana e no direito individual à liberdade.

Recentemente, em 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 124.306 Rio de Janeiro, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, concedeu a ordem de ofício por considerar inconstitucional a incidência do tipo penal de aborto no caso de interrupção voluntária da gravidez ocorrida no primeiro trimestre de gestação, por considerar que sua criminalização violava diversos direitos da gestante. Não obstante a referida decisão não possua efeitos *erga omnes*, já pode ser considerada como o início de uma nova mentalidade do judiciário, servindo, inclusive, de precedente para embasar outras decisões que tratam sobre a mesma matéria, uma vez que foram expressamente abordadas questões como a preservação da dignidade feminina, da sua liberdade, seu direito sexual e direito à reprodução.

Na decisão mencionada, levanta-se questão importantíssima, qual seja: se caberia ao Estado, representado por seus agentes, impor a uma mulher a manutenção de uma gestação indesejada e se a mulher pode ser resumida a um útero a serviço da sociedade, que não possuiria o direito de escolher os rumos de sua vida. Assim, afirmou-se que (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016):

A criminalização viola, também, os *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre *se e quando* deseja ter filhos, sem

discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade.

A decisão exposta, embora não aponte o aborto em qualquer momento da gravidez como um direito subjetivo da gestante, restringindo-o para os três primeiros meses da gravidez, é uma grande vitória dos movimentos feministas. Trata-se de uma decisão que reconhece expressamente os direitos pessoais reprodutivos e, independentemente de se adotar alguma posição acerca da existência ou não de vida humana intrauterina, foi capaz de eleger argumentos racionais para fundamentar, ao menos em princípio, o direito que deve ser reconhecido às mulheres sobre a escolha dos rumos de seu próprio corpo.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme pôde-se depreender da breve revisão literária e histórica realizada ao longo do texto, os argumentos contrários à legalização do aborto, bem como que aqueles favoráveis à descriminalização da conduta são bastante vastos e travar tal discussão se apresenta como tarefa de extrema importância para as pautas feministas que buscam atribuir à homens e mulheres direitos iguais.

Sem dúvida alguma, a atual conjuntura legislativa acaba por violar o direito da mulher à privacidade e sua autonomia reprodutiva, negando implicitamente sua condição de sujeito de direito e promovendo uma objetivação inconstitucional, na medida em que supervaloriza sua função reprodutiva, colocando-a em patamar de importância superior à própria condição humana. A mulher, portanto, tem sua autonomia da vontade negada, e, por conseguinte, sua própria dignidade.

Não existem argumentos jurídicos sólidos para amparar a referida criminalização, sendo visível essa realidade a partir da análise das mirabolantes construções jurídicas que tentam fomentar a continuidade da vigência do dispositivo criminalizador nos exatos termos em que se encontra, quando não acabam por demonstrar que a temática, ao fim e ao cabo, sustenta-se, verdadeiramente, em tabus.

## REFERÊNCIAS:

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte especial**. vol II. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Carlos Elberto. **Os Direito da personalidade**. 4ª Ed. São Paulo: Forense Universitária. 2000.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kuhner. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BOWN, Peter. **Corpo e Sociedade: o homem, a mulher e a renúncia sexual no início do cristianismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso. Publicado em: 29/11/2016. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769> Acesso em: 20 de jun. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.141-145.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol III, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

MACEDO, José Rivair. **A mulher na idade média**. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 1990.

MATTAR, Laura Davis. DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias Reprodutivas: maternidade e desigualdade no exercício de direitos humanos pelas mulheres. **Interface: comunicação, saúde e educação**. V.16, n. 40, p.107-19, jan, 2012.

MATTAR, Laura Davis. **Os direitos reprodutivos das mulheres**. Disponível em: [http://www.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1160/YY2013MM6DD4HH10MM35SS5-Mattar\\_Direitos%20reprodutivos%20das%20mulheres.pdf](http://www.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1160/YY2013MM6DD4HH10MM35SS5-Mattar_Direitos%20reprodutivos%20das%20mulheres.pdf). Acesso em: 15 de fev. 2017.

MELLO, Sebastián Borges Albuquerque de. **Conceito material de Culpabilidade**. Salvador: JusPodivw, 2010.

NASCIMENTO, Maria Filomena Dias. **Ser Mulher na Idade Média**. Textos de História, 1997.

NORONHA, Magalhães. **Crimes contra os costumes. Comentários aos arts. 213 a 226 e 108**, n. VIII do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1943.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ªed.rev e atual. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SCELZA, Bernardo C. Villamil. **Concepto Penal de Vida**. Montevideo: Central de impressões LTDA, 1993, p. 114.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Ricardo de. **Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher**. Curitiba: Juruá, 2009.

TAVARES, Silvana Beline. **A despenalização /descriminalização como estratégia dos movimentos feministas nas lutas pela legalização do aborto em Portugal e Brasil**. São Paulo: Unesp.2008.