



O ABORTO LEGAL EM CASOS DE ESTUPRO, A INEFICÁCIA DA NORMA E SEU EVENTUAL EFEITO DE (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

GABRIELLE CONSTANTINO

Especialista em Direito Civil e Processual Civil

gconstantino.jus@gmail.com

Faculdades Integradas de Cacoal – UNESC

RESUMO: O aborto é considerado crime na sociedade brasileira, com algumas exceções. Uma das hipóteses de aborto legal se encontra disposta no artigo 128, inciso II, do Código Penal Brasileiro, que considera lícito o aborto praticado em casos de gravidez resultante de estupro, com o consentimento da gestante ou, quando esta se encontra incapaz, de seu responsável legal. No entanto, o legislador não definiu as exatas disposições de como funcionaria na prática o aborto legal em hipótese de estupro, deixando algumas lacunas que os casos concretos entram em conflito diariamente. De acordo com a legislação, não há limite de tempo e nem procedimento correto/indicado para tais situações. Assim, como decidir qual o tempo limite para realizar aborto? O que fazer no caso concreto? É suficiente a legislação brasileira existente sobre o tema? Pode o hospital se negar a realizar o aborto legal? Para resolver os questionamentos supracitados, abordou-se os direitos da gestante, o que o Código Penal dispõe a respeito do assunto, e também casos concretos famosos. O método utilizado foi o dogmático, e a técnica de pesquisa foi mista, com pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. Constatou-se com o decorrer do trabalho que a legislação existente é insuficiente para a temática, sendo necessária a aplicação de fontes integrativas do Direito. Destarte, é discricionário aos magistrados a escolha de permitir ou não o aborto, hipótese em que gera insegurança jurídica, podendo a gestante ter o seu direito invalidado a qualquer momento, a depender da opinião do magistrado.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto legal. Estupro. Insegurança jurídica. Discricionariedade.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, a evolução é fundamental. Foram efetuadas diversas mudanças no que toca aos direitos das mulheres no decorrer dos anos. Os Direitos Humanos se encontram com enfoque cada vez maior, sendo possível ampla discussão a respeito da melhor forma de garantir o que é considerado correto.

No caminho da evolução dos direitos humanos, é possível citar normas jurídicas que foram criadas com o único objetivo de resguardar direitos, tais como o direito ao aborto legal, previsto no artigo 128 do Código Penal. No entanto, a concretização dessas normas criadas não ocorre de forma integral e satisfatória.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (2012), a violência sexual revela a desigualdade, estando intrinsecamente ligada a esta questão. O patriarcado é responsável pela diminuição constante da mulher, bem como por sua submissão social aos homens. Um dos resultados diretos é a violência sexual. Assim, nota-se que o Estado já é ineficaz diretamente na proteção de um direito fundamental das mulheres.



Diante da constante violência sexual, indaga-se se pelo menos o direito ao aborto legal, fruto do abuso sexual, é eficaz. Se as mulheres possuem claro acesso ao aborto legal, bem como se o tratamento social e estatal é eficiente.

Percebe-se constante discussão a respeito de assuntos que já foram pacificados e já se encontram regulamentados por normas jurídicas, por se tratar de temas considerados polêmicos. Assim, é necessário que além da criação, tenha uma manutenção frequente de normas já estabelecidas, o que se demonstra exaustivo e ineficaz.

Assim, o objetivo do presente texto é refletir acerca da aplicabilidade e eficácia das normas jurídicas existentes sobre o aborto legal em casos de estupro. No que tange ao segundo objetivo, cita-se o de demonstrar a necessidade da atualização das normas jurídicas a respeito do assunto, preenchendo lacunas, bem como mencionar os motivos pelos quais o aborto legal nem sempre é efetuado. Espera-se demonstrar a necessidade da atualização das normas jurídicas em detrimento de novos acontecimentos sociais, evidenciando a relevância do tópico do aborto legal em casos de estupro.

Neste cenário, deve-se analisar os conceitos jurídicos da questão, discorrendo a respeito do aborto legal, onde se encontra previsto e quais são as suas hipóteses, respaldando-se na doutrina e legislação existente. Após, mister se faz discorrer sobre os procedimentos do aborto legal e sua aplicabilidade, elencando os documentos necessários e quais são os métodos existentes. Ainda, deve-se discorrer acerca da relevância do tópico ao demonstrar casos famosos e atuais (ocorridos em 2022) que envolvem o direito ao aborto legal, evidenciando a atualidade do tema. Ao final, deve-se explicar a respeito da ineficácia na efetivação do direito ao aborto, mencionando as lacunas jurídicas existentes no que tange ao tema e seu efeito de insegurança jurídica no ordenamento pátrio.

No que tange ao método, o estudo foi efetuado utilizando-se do método dogmático de análise do direito, uma vez que conforme Schiefler (2009) este é responsável por analisar o meio jurídico de acordo com orientações advindas de casos concretos ponderados e resolvidos, bem como da análise das normas preexistentes. Tal escolha se justifica pela necessidade de análise das disposições legais já existentes, realizando um estudo em que a base é o próprio ordenamento jurídico.

Por outro lado, no que toca à pesquisa, a técnica utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com o objetivo de alcançar as metas delimitadas. Nas palavras de Lakatos e Marconi (2003, p. 183): “[...] a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras”.

Verifica-se a atualidade do tema em comento e afirma-se que o esgotamento do assunto não é o foco da presente pesquisa, mas sim há a intenção de contribuir com o assunto de maneira positiva para o mundo jurídico.

No desenvolvimento, o tema se encontra dividido em quatro tópicos principais. O primeiro discorre sobre o aborto legal e suas hipóteses. O segundo aduz sobre os Procedimentos e Normas existentes a respeito do aborto. Após, o terceiro tópico aduz sobre a ineficácia na efetivação do direito ao aborto legal em casos de estupro, ressaltando sua consequente insegurança jurídica, versando acerca das lacunas jurídicas e quais são suas repercussões no ordenamento pátrio. Já o último tópico traz dois casos concretos famosos sobre a temática, demonstrando sua atualidade.

Após o exposto no desenvolvimento teórico do presente trabalho, encontrar-se-á nas Considerações Finais uma breve explanação a respeito do panorama do aborto legal no Brasil, discorrendo sobre a relevância de novos estudos e trabalhos a respeito da temática. Ao final, conclui-se pela ineficácia da legislação atual e necessidade de implementação legal para efetiva solução integral dos problemas advindos das lacunas jurídicas. Conclui-se também que é imprescindível que o Direito acompanhe as mudanças sociais para ser integralmente eficiente.

2 O ABORTO LEGAL EM CASOS DE ESTUPRO, A INEFICÁCIA NORMATIVA E SEU EVENTUAL EFEITO DE INSEGURANÇA JURÍDICA

É fato que o crime de estupro é considerado uma das práticas mais abomináveis e repugnantes, na qual o criminoso (ou criminosa) subjuga a vítima, seja por meio do uso da força física, ou de outro método de poder para obter prazer sexual, podendo se tratar de ato libidinoso com penetração ou não (como por exemplo em casos de sexo oral). Dessa forma, é inegável que tal crime hediondo resulta em consequências físicas e psicológicas às vítimas, sendo uma das consequências mais graves a gravidez.

O ordenamento jurídico brasileiro abrange de forma específica a temática do direito ao aborto em casos de estupro. No que toca aos estupros de vulnerável (que são aqueles atos de conjunção carnal ou outros atos libidinosos cometidos com menor de 14 anos).

Assim, quais são as características, o tipo penal do crime de estupro? Quais hipóteses é permitido o abortamento, e como é feito o procedimento? Há alguma norma regulamentadora? Considera-se eficaz o sistema brasileiro no que toca ao aborto legal? Tais questões serão abordadas e discriminadas a seguir.

2.1 Do aborto legal: hipóteses

Considera-se o aborto como um dos maiores problemas de saúde do país, uma vez que mesmo ilegal (com óbvia exceção às hipóteses que são permitidos), é efetuado com frequência por todo o país, bem como no mundo. Conforme a World Health Organization, são realizados cerca de 73,3 milhões de abortos por ano (World Health Organization [WHO], 2020; Bearak et al., 2020).

Em sede de justificativas para o procedimento, o aborto ilegal possui diversos fatores que as mulheres utilizam como motivo, tais como falta de condições financeiras, medo da gestação em si, problemas familiares, falta de estabilidade e até mesmo emprego.

Porém, inicialmente, qual é a definição de aborto? De forma concisa, o termo “aborto” se traduz pela interrupção da gravidez. Nas palavras de Mirabete (2021,p.78): “Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses), ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão”.

Observa-se que existem diferentes tipos de aborto. Há o aborto natural ou espontâneo, que não é criminoso e se caracteriza pela expulsão natural do feto. Segundo o Manual MSD Versão Saúde para a Família (2020), considera-se como abortamento espontâneo uma morte fetal/de embrião que não foi provocada, bem como sua expulsão anteriormente ao marco de 20 semanas da gravidez.

A respeito do conceito de aborto natural, Faúndes e Barzelato (2004, p. 42) aduzem que:



Aborto espontâneo é quando ocorre a interrupção da gravidez sem nenhuma intervenção externa, em geral pode ser por causas naturais, doenças da mãe ou defeitos genéticos do embrião. É resultado de problema de saúde física, pode também ter implicações sociais e psicológicas para a mulher e sua família

Por sua vez, Dulay (2019) alega que o aborto espontâneo é não criminoso, e possui diversas motivações, tais como má-formação fetal, questões como idade materna e doenças ligadas ao embrião, e até mesmo genética. Dessa forma, conclui-se que este tipo de aborto, que ocorre de forma natural não é considerado crime perante a legislação brasileira, e pode ter diversas origens, como doenças maternas, condições externas e má-formação do embrião.

Além do aborto natural, há também o aborto provocado, objeto de discussão no presente artigo. O aborto provocado é, nas palavras de Martins (2016, p. 01):

O aborto provocado é a interrupção intencional da gravidez, resultando na morte do nascente. É uma prática clandestina por excelência e carrega a marca da reprovação. Às vezes, pretende-se justificar o aborto como a única saída para situações angustiantes que uma gravidez não desejada pode trazer.

Ante ao exposto, entende-se que o aborto provocado é intencional, e dependendo da situação, pode ser considerado como criminoso. Ocorre quando a gestante, mediante uso de diversos tipos de procedimentos tais como a curetagem à vácuo e remédios que provocam a expulsão do feto e interrupção da gravidez.

No que toca ao aborto criminoso, é o próprio ordenamento jurídico pátrio quem determina seus tipos, no Código Penal, dividindo-os em aborto provocado pela gestante ou consentir que outro provoque; aborto provocado por terceiro e a forma qualificada:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem que lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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



Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte (BRASIL, 1940).

Conforme exposto alhures, a conduta criminosa e as penas se encontram dispostas no Código Penal. Mister se faz mencionar que não apenas a gestante irá praticar o ato criminoso, mas também qualquer profissional de saúde ou terceiro que a auxilie ou faça o procedimento para interromper a gravidez. Acerca dos profissionais de saúde, estes podem inclusive sofrer sanções disciplinares éticas pelo Conselho de sua profissão.

A respeito dos tipos de aborto legal, a legislação também se faz responsável por determinar quais são as hipóteses em que a prática do aborto não é considerada crime. O artigo 128 do Código Penal preceitua que:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

A partir da análise do próprio texto da lei, é possível compreender que existem duas hipóteses previstas no Código Penal em que o aborto NÃO é considerado crime. São elas: a) no caso de a gestante estar em risco de vida por conta da gravidez, momento em que é realizado o aborto para salvar a vida da gestante; b) em caso de gravidez resultante de estupro, momento em que o aborto pode ser realizado, necessitando assim do consentimento da própria gestante ou do seu representante legal se a gestante for incapaz.

Cunha (2021) ensina que o entendimento jurisprudencial é no sentido de que nos casos de gravidez para salvar a vida da gestante, é dispensável o consentimento da gestante, sendo suficiente apenas que o profissional de saúde responsável pelo caso entenda ser absolutamente necessário o aborto no caso concreto.

Além dos casos expostos, há também uma terceira previsão legal, advinda da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54, que foi decidida por meio de seu Relator, Ministro Marco Aurélio. Na supracitada ADPF, foi declarada a inconstitucionalidade da interpretação que costumava tipificar também como o crime

o aborto realizado nos casos de gravidez de feto anencefálico. Resultou-se, então, em mais uma hipótese de permissão para a prática do aborto.

Destarte, conclui-se então que há três hipóteses em que a interrupção da gravidez por meio do aborto não é considerada crime: a) para salvar a vida da gestante; b) em caso de gravidez advinda de estupro; c) em caso de feto anencéfalo.

Aprofundando-se no caso específico da gravidez resultado de crime de estupro praticado contra a gestante, é imprescindível ressaltar os casos de estupro de vulnerável. Para Nucci (2020), para ser configurado como estupro de vulnerável, é irrelevante o consenso da vítima, bastando apenas a prática do ato libidinoso ou conjunção carnal. O próprio artigo 217-A afirma que:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena -reclusão, de 8(oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º. (VETADO)

§ 3º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena -reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º. Se da conduta resulta morte:

Pena -reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 1940)

Dessa forma, o estupro de vulnerável possui a violência presumida (nos casos de menores de 14 anos), bastando o ato criminoso para ser configurado o estupro de vulnerável, independentemente de consentimento.

Mister se faz salientar que embora tenha diferenças entre o tipo penal do estupro “comum” e o estupro de vulnerável, AMBOS os tipos estão resguardados pelo que dispõe o artigo 128, do Código Penal. Assim, é permitido o aborto nos casos de estupro. Conforme Morais (2008), o aborto honoris causa é efetuado pela gestante para resguardar sua própria honra. Assim, interrompe-se a gravidez e a reputação e a honra da gestante são mantidas. Sobre o assunto, Rodrigues (2020, s.p) preceitua que “O aborto Moral (Sentimental, Humanitário ou Piedoso), também previsto no Código Penal em seu art. 128, II do CP, é aquele realizado em razão da gravidez ter sido originada de um estupro. [...] Não se exige autorização judicial (RODRIGUES, 2020, online).

Ante o exposto ao longo deste item, conclui-se que existem diferentes tipos de aborto, e que a prática do aborto é considerado crime no Brasil, possuindo algumas exceções. Dentre as exceções (ou seja, dentre as hipóteses de aborto legal), encontra-se o aborto em casos de crime de estupro, que não prescinde autorização judicial e independe do tipo de estupro (tanto no tipo penal comum simples, quanto no estupro de vulnerável).

2.2 Do procedimento e das normas existentes

Após breve discussão a respeito dos tipos de aborto existentes, é necessário dissertar sobre quais são os procedimentos, bem como as normas jurídicas implantadas no que toca ao aborto legal no caso de estupro. Ainda, é preciso verificar se há alguma espécie de lacuna jurídica no tópico e no que tal lacuna influencia no que tange ao aborto legal.

Inicialmente, mister se faz mencionar que o meio jurídico engloba diversos fundamentos e fenômenos, incluindo as normas jurídicas, que consoante com o entendimento de Bobbio (2016) poderiam ser divididas em três formas: validade, eficácia e justiça. Ferraz Junior (2019, p. 76) leciona que a norma é:

[...] fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc.

Ainda, conforme aduz Ferraz Junior (2019), as regras são responsáveis por ditar e reger o comportamento humano (norma proposição), motivo que se considera as normas como imperativos de uma vontade denominada de “formal” (norma prescrição), resultando diretamente em comunicação que regulamenta as relações entre os comunicadores e a identificação de fatores intrínsecos (norma como comunicação).

Em síntese ao que foi exposto, a norma é imposta intencionando regulamentar a conduta humana, tanto no sentido de resolver conflitos quanto para impedir situações jurídicas. Nesse ínterim, salienta-se a função de criar normas jurídicas (premissas, incriminadoras e de caráter exemplificativo procedimental) do Por

Legislativo.

Dessa forma, ressaltando as palavras (antigas, mas amplamente válidas nos dias atuais) de Kelsen (1998), é necessário que a norma jurídica seja imposta por meio de um método legítimo de criação para que ela seja válida, valendo-se de forma comum de Lei Complementar ou Decreto-Lei. Nas palavras do renomado autor (KELSEN, 1998, p. 139): “Por isso, e somente por isso, pertence à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”.

Assim, compreende-se que é imprescindível o respeito à forma de criação da norma jurídica para que este seja considerada válida, devendo a norma, para ser reconhecida, estar expressa no ordenamento jurídico vigente.

No que toca ao tema específico da pesquisa, há inicialmente o que dispõe o próprio Código Penal em seu artigo 128, já mencionado anteriormente, no sentido que: “Não se pune o aborto praticado por médico: I- Se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II -se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940)”.

Na seara do aborto oriundo da violência contra a mulher, há que se destacar o conteúdo do artigo 7º, inciso III, da Lei 11.340/2006:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Dessa forma, conforme dispõe a Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006, há diversos tipos de violência contra a mulher existentes, evidenciando-se em especial a violência sexual, que pode resultar em gravidez e conseqüentemente na discussão jurídica a respeito da autorização legal para a realização de um aborto.

É imprescindível aduzir que não é necessário sentença ou qualquer decisão judicial para autorizar o aborto legal. Também não se pode obrigar a gestante a apresentar autorização judicial, ou demais documentos como laudos periciais e médicos atestando o estupro. É o que diz o Ministério da Saúde (2012):

A realização não se condiciona à decisão judicial que sentencie e decida se ocorreu estupro ou violência sexual. A lei penal brasileira também não exige alvará ou autorização judicial para a realização do abortamento em casos de gravidez decorrente de violência sexual. O mesmo cabe para o Boletim de Ocorrência Policial e para o laudo do Exame de Corpo de Delito e Conjunção Carnal, do Instituto Médico Legal.

Nesse sentido, há também o Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres (2007), que se caracteriza por ser um acordo federativo que visa o planejamento de diversos atos com o objetivo de resguardar a Política Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres (BRASIL, 2011), e possui cinco tópicos principais:

- I. Garantia da aplicabilidade da Lei Maria da Penha.
- II. Ampliação e fortalecimento da rede de serviços para mulheres em situação de violência.
- III. Garantia da segurança cidadã e acesso à Justiça.
- IV. Garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, enfrentamento à exploração sexual e ao tráfico de mulheres.
- V. Garantia da autonomia das mulheres em situação de violência e ampliação de seus direitos.

Dessa forma, observa-se então que o Brasil possui diversos institutos com o objetivo de defender os direitos das mulheres. Um dos problemas primordiais no assunto em comento é a enorme desigualdade de gênero. A erradicação da violência sexual (e contra a mulher) é praticamente impossível de ocorrer por conta da influência machista nas práticas, bem como da presença (às vezes silenciosa) do patriarcado. É fato que a sociedade naturaliza a desigualdade e a submissão da mulher. Em conformidade com a Política Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres (BRASIL, 2011): “A violência contra as mulheres só pode ser entendida no contexto das relações desiguais de gênero, como forma de reprodução do controle do corpo feminino e das mulheres numa sociedade sexista e patriarcal”.

Na concepção de Bianchini, Bazzo e Chakian (2020), a diferenciação de sexos é claro elemento que constitui as relações de poder, gerando assim papéis sociais que autorizam e criam contexto para a legitimação da violência do homem contra a mulher. De forma geral, inúmeros direitos são ofendidos todos os dias por conta de costumes sociais machistas e arcaicos, resultando diretamente em questões sérias como o aborto, que é um problema de saúde pública.

Cita-se, para fins de conhecimento a respeito do procedimento do aborto legal, que a prática pode ser realizada em qualquer hospital público que possua ginecologista ou obstetra. No protocolo de atendimento de vítimas de estupro, incluem-se medicamentos contra Infecções Sexualmente Transmissíveis – IST's, a pílula do dia seguinte, apoio psicológico profissional e também o direito ao aborto legal.

Conforme a Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra as Mulheres e Adolescentes (2012), estes são os documentos necessários para realizar o aborto legal: a) Termo de Consentimento Livre e Esclarecido - documento que consta a declaração da mulher e/ou de seu representante legal, afirmando sua escolha de abortar, determinando estar ciente que há possibilidade de manter a gestação até o fim, bem como ciente das alternativas. Necessita da informação sobre os riscos do procedimento médico, bem como formas de assistência, desconforto ou posteriores acompanhamentos. É a declaração que autoriza os profissionais a efetuar o procedimento necessário; b) Termo de Responsabilidade, no qual a gestante/seu representante declara a veracidade das informações prestadas aos profissionais de saúde. Necessita da declaração da possibilidade de incorrer nos crimes de Falsidade Ideológica e de Aborto, previstos pelos artigos 299 e 214 do Código Penal; c) Termo de Relato Circunstanciado, documento em que é descrita a violência sexual sofrida, constando a data, o horário aproximado, o local, a descrição detalhada do ocorrido, as características dos autores do crime e se aparentava estar sob o efeito de drogas ou álcool; d) Parecer Técnico – documento profissional, assinado por médico, em que se atesta a compatibilidade da idade gestacional com a data da violência sexual alegada no item c, devendo ser afastada se gravidez decorrente de outro evento; e) Termo de Aprovação de Procedimento de Interrupção de Gravidez – é efetivado por equipe de saúde, bem como pelo diretor ou responsável da instituição hospitalar.

Com todos os documentos prontos, deve-se anexar uma cópia de cada ato ao prontuário, entregando uma via à gestante ou representante legal. Na hipótese de recusa, deve haver justificativa escrita em registro.

No entanto, mesmo previsto em legislação, há óbices para a prática do aborto legal, que pode ocorrer por diversos motivos, sendo um deles a recusa do hospital/profissionais de saúde. Por exemplo, de acordo com o Artigo 19 (2020), não há hospitais em Rondônia que realizam o procedimento. O hospital mais próximo se encontra no Mato Grosso, conforme o Mapa do Aborto Legal (2020).

No que toca aos métodos para realizar o aborto, estes podem variar, dependendo principalmente da idade gestacional. Podem ser escolhidos como métodos: a aspiração à vácuo intrauterina; a curetagem uterina; medicamentos como misoprostol ou mifepristone.

Ademais, no que toca ao limite de idade gestacional, a legislação não dispõe data para restringir o aborto legal. Muito pelo contrário, pois conforme interpretação clara do artigo 128 do CP, a mulher que foi vítima de estupro e engravidou tem o direito de abortar. Ponto. Não há limite legal imposto para efetivar seus direitos.

A Organização Mundial da Saúde publicou em 08/04/2022, as “Diretrizes de Atenção ao Abortamento”, alegando que os limites de gestação não são baseados em evidências científicas e que a gravidez pode ser interrompida com segurança a qualquer tempo.

Entretanto, a Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra as Mulheres e Adolescentes (2012), institui que não há indicação para o aborto após a 22ª semana de gestação, devendo a mulher ser informada e aconselhada ao acompanhamento de pré-natal, devendo o procedimento de adoção ser facilitado se a gestante desejar.

Ainda sobre o aborto, há que se falar em Objeção da Consciência dos médicos. Há previsão para que os profissionais de saúde não realizem o procedimento do aborto, alegando que tal procedimento é contrário ao que dita sua consciência. Conforme Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra as Mulheres e Adolescentes (2012, p. 76):



Assim, é garantido ao médico(a) a objeção de consciência e o direito de recusa em realizar o abortamento em casos de gravidez resultante de violência sexual. No entanto, é dever do(a) médico(a) informar à mulher sobre seus direitos e, no caso de objeção de consciência, deve garantir a atenção ao abortamento por outro(a) profissional da instituição ou de outro serviço. Não se pode negar o pronto atendimento à mulher em qualquer caso de abortamento, afastando-se, assim, situações de negligência, omissão ou postergação de conduta que viole a lei, o código de ética profissional, e os direitos humanos das mulheres. Cabe ressaltar que não há direito de objeção de consciência em algumas situações excepcionais: 1) risco de morte para a mulher; 2) em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro(a) profissional que o faça; 3) quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do(a) profissional; 4) no atendimento de complicações derivadas do abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência. É dever do Estado e dos gestores de saúde manter nos hospitais públicos profissionais que não manifestem objeção de consciência e que realizem o abortamento previsto por lei. Caso a mulher venha sofrer prejuízo de ordem moral, física ou psíquica, em decorrência da omissão, poderá recorrer a responsabilização pessoal e/ou institucional

Assim, não pode a gestante restar em prejuízo, e devem os médicos se atentar aos limites impostos para a Objeção da Consciência.

Prosseguindo com a temática, mister se faz comentar o julgamento do Habeas Corpus nº124.306, que ocorreu em 09/08/2016, no qual a primeira turma do STF decidiu que a interrupção da gravidez, ou seja, o aborto, praticado até o terceiro mês de gestação não deveria se caracterizar como criminosa, utilizando como equiparação legislação/entendimentos internacionais (como Itália, Canadá e França), pois assim direitos reprodutivos e sexuais da mulher, bem como sua integridade são comprometidos (BRASIL, 2016):

DIREITO PROCESSUAL PENAL.HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1.O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal(CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3.Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts.124 a 126 do Código Penal –que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes



direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (STF - HC: 124306 RJ - RIO DE JANEIRO 9998493-51.2014.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/08/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-052 17-03-2017)

Destarte, a partir desse entendimento, conclui-se que o ato de abortar até o terceiro mês de gestação não poderia ser considerado crime. No entanto, é fato que Brasil ainda não descriminalizou a prática do aborto, existindo apenas as hipóteses já mencionadas (estupro; risco de vida à gestante e gravidez de anencéfalo. Sobre o julgamento, o Ministro Marco Aurelio (2016, p. 23) argumentou que:

Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta. Mas, do ponto de vista médico, como assinalado, há um efeito perverso sobre as mulheres pobres, privadas de assistência. Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controverso, criminalizar a posição do outro.

Não obstante, é relevante trazer à baila também o Projeto de Lei 5435/2020, proposto pelo senador Eduardo Girão (Podemos/CE), que possuiu como objeto a instituição de um salário-mínimo às crianças/adolescentes que foram frutos de uma

gravidez de vítimas de estupro, até que estas completassem a idade de 18 anos. O projeto de Lei foi criticado abertamente por se tratar de um retrocesso aos direitos das mulheres, na tentativa de influenciar mais ainda para que as gestantes vítimas de estupro não abortassem. Ademais, há a óbvia questão das crianças que se recebessem o valor, ficariam sabendo que são fruto de um crime vil e hediondo. O artigo 5º do referido Projeto de Lei aduz que:

Art. 5º Às mulheres que vítimas de estupro vierem a conceber, será oportunizado pelo SUS junto as demais entidades do Estado e da sociedade civil, a opção pela adoção, caso a gestante decida por não acolher a criança por nascer, bem como as sanções penais ao estuprador previstas na Lei 12.015/2009.

Ainda, destaca-se a justificativa que o senador Eduardo Girão utilizou para fundamentar o Projeto de Lei:

[..] aí a importância do Projeto de Lei que aqui apresentamos, pois a norma constitucional reconhece que ("mesmo antes de nascer a criança é titular dos direitos próprios do ser humano e, em primeiro lugar, do direito à vida" (Cf. D.E. JOHNSEN, "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy and Equal Protection", Yale Law Journal 95/3(1986) 599-625, Lexicon, p. 596). Não considerar essa proteção antes do nascimento da criança é perversão do sentido originário dos direitos humanos.

No que toca ao andamento, é necessário dizer que após duras críticas sociais, e recebendo 293.784 votos populares para sua negativa e apenas 44.914 votos "sim", o supracitado Projeto de Lei foi retirado pelo Autor em 22/04/2022.

Destarte, considerando-se o que foi exposto, afirma-se que há poucas normas regulamentadoras determinando as exatas condições de realização do procedimento abortivo, e não legalmente a limitação dos meses/semanas de gestação para a prática. Assim, iniciam-se dúvidas a respeito de como prosseguir em casos que estejam em desacordo com o considerado "costume", ou seja, aborto legal a partir de 22ª semana de gestação ou feto pesando mais de 500g. Por um lado, não há regulamentação legal, não há norma jurídica. E conforme visto alhures, onde não há norma escrita, positivada, o direito não está resguardado, a norma não é eficaz.

2.3 Da ineficácia na efetivação do direito ao aborto legal às vítimas de estupro e o efeito de insegurança jurídica



Como já mencionado anteriormente, a evolução social é responsável pela implementação de inúmeros direitos conquistados pelas mulheres, tais como a criação da Delegacia Especializada da Mulher, e punições tais como a súmula que proíbe a inscrição do candidato nos quadros da OAB, nos casos de agressão contra mulher.

Dessa forma, em decorrência da evolução social constante é que surge o fenômeno do “direito vivo”, de Ehrlich¹, que se traduz como um conjunto de regras mutáveis, com a visão de um direito dinâmico, variável e flexível.

No entanto, mesmo com tanta evolução, é visível que não é o bastante. Não há como negar a influência machista no mundo globalizado. Não é em apenas um país, mas trata-se de um fenômeno que se encontra em quase todas as sociedades, a submissão da mulher ao homem. Sobre o assunto, a Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra as Mulheres e Adolescentes (2012, p.12/13) aduz que:

A violência sexual não somente é reveladora da desigualdade de gênero, mas também é emblemática desta. Por essa razão, já não se pode compreendê-la de forma individualizada e descontextualizada. **Há uma estrutura comum, um arcabouço de status – que cria relações de poder assimétricas e hierarquicamente ordenadas - também conhecido como patriarcado.** Este engendra uma verticalização dos gêneros não apenas real, ao atuar como um paradigma da força bruta, mas simbolicamente, nas representações sociais. Ao fazê-lo, provoca uma banalização e uma subordinação em massa que colocou e ainda coloca muitas mulheres em situação de sujeição e subserviência. **A ordem patriarcal é de tal sorte violenta, que inverte responsabilizações e desloca, na maioria das vezes, sensações de culpa e medo para as próprias mulheres, fazendo com que se sintam humilhadas, envergonhadas e desonradas às vistas da sociedade e, muitas vezes, diante da própria família, multiplicando o trauma sofrido.** Produz-se, assim, um dos lados mais perversos da violência de gênero, pois é justamente essa “mácula” que provoca o silenciamento e a dificuldade de exporem a situação aos(as) profissionais de saúde. É de suma importância a compreensão – em especial, pelos(as) profissionais de saúde - de que as agressões ou os abusos sexuais geralmente vêm acompanhados por chantagens e ameaças que atemorizam, humilham, intimidam quem os sofre ou sofreu (grifo nosso).

¹Eugen Ehrlich (1862-1923) escreveu a obra “Grundlegung der Soziologie des Rechts”, traduzido para o português brasileiro como “Fundamentos da Sociologia do Direito”. Ehrlich utiliza sua obra para realizar uma crítica ao positivismo jurídico, alegando que o Direito é um conjunto de preceitos e normas, e não deve ser limitado ao caráter jurídico absoluta, mas sim deve sofrer mudanças ao ser incorporado às ideias e tradições modernas. Dessa forma, o autor acreditava que o Direito é como um ser vivo, sendo uma entidade que sempre mudará de acordo com o que dispõe a sociedade.

Assim, a violência contra as mulheres é caracterizada como clara transgressão aos direitos humanos. Fere princípios e normas jurídicas, deixando danos psicológicos e físicos nas vítimas, levando anos para recuperação dos traumas (e talvez nunca conseguindo de fato superar o ocorrido). O próprio patriarcado é quem induz a “mácula”, pois a mulher que foi vítima de estupro, além de traumatizada, é vista como se fosse “suja” aos olhos da sociedade, dificultando principalmente as denúncias e relatos sobre os abusos. Sobre a violência, a Política Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres (BRASIL, 2011,p. 11) aduz que:

Enquanto os homens tendem a ser vítimas de uma violência predominantemente praticada no espaço público, as mulheres sofrem cotidianamente com um fenômeno que se manifesta dentro de seus próprios lares, na grande parte das vezes praticado por seus companheiros e familiares. **A violência contra as mulheres em todas as suas formas (doméstica, psicológica, física, moral, patrimonial, sexual, tráfico de mulheres, assédio sexual, etc.) é um fenômeno que atinge mulheres de diferentes classes sociais, origens, idades, regiões, estados civis, escolaridade, raças e até mesmo a orientação sexual. Faz-se necessário, portanto, que o Estado brasileiro adote políticas públicas, acessíveis a todas as mulheres, que englobem as diferentes modalidades pelas quais a violência se expressa (grifo nosso).**

Dessa forma, conclui-se que diariamente as mulheres são agredidas e possuem seus direitos transgredidos. Estima-se que uma a cada três mulheres já foi agredida ou abusada sexualmente no Brasil (Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra as Mulheres e Adolescentes, 2012).

Assim, os índices de estupro no Brasil destacam a ineficácia das normas jurídicas no país, indagando-se então se há efetividade em resguardar o direito das mulheres de realizar aborto legal.

Em consonância com o 14^a Anuário Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2020 foram registrados o número de 22.201 crimes de estupro em todo o país. Tal número se destaca por ser uma diminuição significativa em relação aos anos anteriores (que já chegou ao dobro). No entanto, de acordo com a FBSP (2020), a redução dos número não significa menos crimes de estupro no Brasil, mas sim que uma quantidade muito menor de vítimas efetivamente prestou denúncia.

Um dos fatores considerados responsáveis é a própria Pandemia de saúde causada pela COVID-19. O número de agressões aumentou, em razão da impossibilidade de sair de casa. Porém, o número de denúncias diminuiu, conforme a pesquisa.

Conforme uma Pesquisa chamada Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional (2015), das 5.075 mulheres que foram atendidas e buscavam realizar um aborto legal, apenas 2.442 realmente conseguiram efetuar o procedimento. A respeito dos impactos do crime de estupro, bem como da violência, a Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra as Mulheres e Adolescentes (2012, p.14) alega que:

Por outro lado, o impacto da violência sobrecarrega o sistema de saúde tanto em termos de recursos econômicos e humanos, quanto em custos sociais, como em decorrência de produtividade perdida para a sociedade em geral. Segundo estimativas, o Brasil perde 11% de seu Produto Interno Bruto (PIB) em razão da violência, e o Sistema Único de Saúde gasta anualmente entre 8% e 11% do Teto Bruto com as diversas formas de atenção à violência e aos acidentes.

Além disso, o Artigo 19 (2018) aduz em seu Breve Panorama sobre o Aborto Legal que, ao realizar pesquisa nos sites e páginas oficiais dos órgãos de saúde, 20 não possuíam informações sobre as hipóteses do aborto legal, 04 estados informavam apenas partes dos direitos das mulheres, e somente 03 órgãos estaduais realmente informavam (mesmo que por meio de outros links e portarias) sobre o direito ao aborto legal. Ainda, o Artigo 19 (2018) constou que os resultados da pesquisa realizada são:

Os resultados da checagem realizada junto aos sites dos órgãos de saúde dos estados e capitais brasileiros demonstram que, em ambos os níveis, a quantidade e a qualidade de informações públicas disponíveis sobre direitos sexuais e reprodutivos estão aquém do ideal. VERIFICOU-SE QUE INFORMAÇÕES CRUCIAIS PARA MULHERES QUE DESEJAM E/OU PRECISAM REALIZAR O PROCEDIMENTO INEXISTEM NAS PRINCIPAIS PÁGINAS PÚBLICAS SOBRE SAÚDE.

Dessa forma, verifica-se que é impossível considerar como eficaz o direito legal das mulheres ao aborto em caso de estupro. De forma principal, pela falta de informação que nem mesmo o próprio governo e órgão oficiais disponibiliza. Não há saúde sexual ou informações sobre direito ao aborto legal em 20 Estados Brasileiros.

No entanto, há também diversos outros motivos que levam à transgressão

DIRETA e IMPERDOÁVEL do direito das mulheres ao aborto legal. No caso da pesquisa, em específico os crimes de estupro, é ainda mais complicado pois depende de fatores como a gestante ter que preencher os documentos e relatar novamente os abusos sofridos. É possível elencar como razão:

- a) a falta de informação pública a respeito do assunto;
- b) a recusa em atendimento nos hospitais, os quais utilizam motivos como religião ou desacordo com o ato de abortar para não realizar o procedimento. Nesses casos, se a mulher não possui conhecimento a respeito dos seus direitos (o que leva ao item a), é provável que volte para casa e não tenha seu direito ao aborto legal exercido;
- c) falta de procedimento adequado, uma vez que nem sempre os hospitais possuem estrutura suficiente para disponibilizar a melhor maneira de realizar o procedimento (como disposto no item 2.2, cada procedimento possui uma indicação de acordo com a idade gestacional). Assim, pode ser utilizado o procedimento errado ou informado que não tem como fazer, levando à infração ao direito ao aborto legal;
- d) desistência forçada da mulher, uma vez que ao procurar o serviço de saúde com a intenção de abortar, a vítima deve preencher diversos documentos (já expostos no item 2.2), ficando à mercê dos profissionais que muitas vezes tentam convencer a mulher a desistir, bem como a vítima precisa relembrar todo o trauma para relatar nos documentos;
- e) falta de limite legal, pois no artigo 128 do Código Penal não há imposição de idade gestacional para realizar o procedimento. Dessa forma, compreende-se que o aborto é considerado legal em todos os casos e à todo o tempo. No entanto, foram criadas recomendações e normas técnicas que impõem o limite de 22 semanas. E nos casos que a gravidez foi descoberta depois? Deve a gestante ser obrigada a manter o feto e dar à luz ao trauma? Nesses casos, normalmente se procura o Poder Judiciário, o que leva ao próximo item;
- f) demora de decisões judiciais. Em casos que ultrapassem o limite ou surja qualquer outra questão prática quanto à gravidez, e a matéria passa a ser discutida pelo Poder Judiciário, a demora para ter uma decisão integral pode

ser extremamente prejudicial à gestante, levando assim ao máximo da gestação e obstando o direito ao aborto legal

Ante as informações expostas, é fato que a mulher vítima de estupro sofre diariamente com diversas violências, tais como o tratamento agressivo e duvidoso em delegacias e hospitais, julgamento social ao abortar e também ao entregar a criança para a adoção.

Assim, indaga-se a respeito das normas jurídicas. Como já discutido, o direito positivo é o meio legítimo para a criação das normas (escritas). A norma deve ser escrita para ser válida. Além disso, as normas mudam de acordo com a época em que se vive.

Há, então, constante necessidade para a criação de políticas cíveis e criminais, objetivamos regras/legislação válida para dissolver os conflitos oriundos das “lacunas jurídicas”, como no caso do aborto legal em casos de crimes de estupro, que não possui os procedimentos, determinações, limites e demais itens necessários dispostos no ordenamento jurídico.

As normas jurídicas são satisfeitas ou não satisfeitas também, dependendo principalmente de sua eficácia.

Ante o exposto, constata-se que não há no ordenamento jurídico pátrio disposição específica para tratar integralmente sobre o aborto legal, bem como que existem adversidades relacionadas ao efetivo cumprimento do direito da vítima de estupro que após ficar grávida, decide abortar.

Mister se faz salientar por fim, que a Constituição Federal de 1988 (principalmente no artigo 1º), institui que é responsabilidade do Estado utilizar todos os seus instrumentos para dirimir os litígios e conflitos existente, em decorrência de ser caráter de agente garantidor da ordem e do bem-estar social, legitimando assim, o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é preciso evidenciar então as esferas jurídica e política, dois aspectos do Estado Democrático de Direito. Conforme Ferraz Junior (2019), considera-se o direito objetivo como um composto de normas e instituições, e o direito subjetivo como um fenômeno que estabelece direitos e obrigações, possuindo poderes. Sobre o Estado Democrático de Direito, Silva (2005, p. 121) aduz que:



É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito Clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. **Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.** E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, **caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas [...]** (grifo nosso).

Dessa forma, em conformidade com os ensinamentos de Silva (2005), o Estado Democrático de Direito depende diretamente da eficácia da aplicação legislativa no caso concreto. Deve a norma ser, acima de tudo, eficaz. Deve ser respeitada a forma de positivação da norma, bem como sua força. É imprescindível que uma norma jurídica resulte em efeitos práticos. Por sua vez, Limongi (2018) alega que o Poder Judiciário pode ser desmoralizado pela falta de concordância de decisões, obstando assim um entendimento jurisprudencial uno e disseminando amplamente a figura da insegurança jurídica, visto que não é possível considerar o entendimento como consolidado.

As situações, bem como a falta de concordância de decisões pode terminar por desmoralizar o Poder Judiciário, impedindo a criação de entendimentos consolidados e disseminando a insegurança jurídica, de tal maneira que o próprio Estado Democrático de Direito se encontre ameaçado. Como existe um Estado Democrático de Direito em que os próprios direitos (ainda mais direitos fundamentais) não são respeitados?

Destarte, é essencial buscar respaldo na sistemática jurídica brasileira para uma análise correta acerca dos critérios utilizados pelo Estado para a aplicabilidade do direito ao aborto legal em casos de crime de estupro.

2.4 Casos famoso no ano de 2022

No decorrer do ano de 2022, dois casos a respeito do aborto legal sobressaíram, tanto no que diz respeito à atenção midiática quanto aos debates provocados.

2.4.1 Criança de 11 anos

Inicialmente, há o caso da menina de 11 anos que teve o seu direito ao aborto legal negado. Em 20 de junho de 2022, o The Intercept Brasil (2022) divulgou em seu site uma matéria a respeito de uma criança de 11 anos que estava gestante e solicitou o aborto legal. No entanto, como a menor estava com 22 semanas e 02 dias de gestação, o seu direito foi negado. Segundo o The Intercept Brasil (2022, online):

Uma criança de 11 anos, grávida após ser vítima de um estupro, está sendo mantida pela justiça de Santa Catarina em um abrigo há mais de um mês para evitar que faça um aborto legal. Dois dias após a descoberta da gravidez, a menina foi levada ao hospital pela mãe para realizar o procedimento. O Código Penal permite o aborto em caso de violência sexual, sem impor qualquer limitação de semanas da gravidez e sem exigir autorização judicial. A equipe médica, no entanto, se recusou a realizar o abortamento, permitido pelas normas do hospital só até as 20 semanas. A menina estava com 22 semanas e dois dias. Foi então que o caso chegou à juíza Joana Ribeiro Zimmer.

A criança, que tinha 10 anos quando foi ao hospital, corre risco a cada semana que é obrigada a levar a gestação adiante devido à sua idade, segundo laudos da equipe médica anexados ao processo e especialistas consultados pelo **Intercept**. Ribeiro afirmou, em despacho de 1º de junho, que a ida ao abrigo foi ordenada inicialmente para proteger a criança do agressor, mas agora havia outro motivo. “O fato é que, doravante, o risco é que a mãe efetue algum procedimento para operar a morte do bebê”

Após a matéria, o caso foi amplamente divulgado e criticado pela mídia. A população se encontrou dividida, com algumas pessoas defendendo o direito ao aborto legal, e outras justificando que o aborto estaria “matando” outra criança. A gestante, de 11 anos, se encontrava em um abrigo, pois o Poder Judiciário Brasileiro entendeu que esta corria risco de 1-conviver com o estupro (que, segundo fontes não confirmadas oficialmente, era outro menor de 13 anos); 2-abortar “ilegalmente”, já que a genitora da gestante era a favor do aborto.

Acerca do assunto, relevante ressaltar o ocorrido no dia da audiência (o vídeo se encontra no site) que, nas palavras do The Intercept Brasil (2022, online):

A proposta feita pela juíza e pela promotora à criança no dia 9 de maio é que se mantenha a gravidez por mais “uma ou duas semanas”, para aumentar a chance de sobrevivência do feto. “**Você suportaria ficar mais um pouquinho?**”, questiona a juíza. A promotora Alberton, lotada na 2ª Promotoria de Justiça do município de Tijucas, diz: “A gente mantinha mais uma ou duas semanas apenas a tua barriga, porque, para ele ter a chance de sobreviver mais, ele



precisa tomar os medicamentos para o pulmão se formar completamente”. Ela continua: **“Em vez de deixar ele morrer – porque já é um bebê, já é uma criança –, em vez de a gente tirar da tua barriga e ver ele morrendo e agonizando, é isso que acontece, porque o Brasil não concorda com a eutanásia, o Brasil não tem, não vai dar medicamento para ele... Ele vai nascer chorando, não [inaudível] medicamento para ele morrer”.**

A psicóloga Thais Micheli Setti, funcionária da prefeitura de Tijucas – uma cidade localizada entre Balneário Camboriú e Florianópolis, no litoral catarinense –, acompanha a menina. Após atendê-la em 10 de maio, registrou que a criança mostrou que não entende o que está acontecendo. **“Apresentou e expressou medo e cansaço por conta da quantidade de consultas médicas e questionamentos, além do expresso desejo de voltar para casa com a mãe. Relatou estar se sentindo muito triste por estar longe de casa e que não consegue entender o porquê de não poder voltar para o seu lar”, diz o laudo**

A respeito do exposto, destaca-se inicialmente o despreparo e o desentendimento das profissionais do direito (juíza e promotora), que repetidamente ofenderam o direito de escolha da menor, questionando-a (uma criança de 11 anos) se “não ficaria mais um pouquinho”, e agindo de forma apelativa, alegando que o feto iria nascer chorando, e morrer agonizando.

Depois, indaga-se a respeito do limite gestacional de 22 semanas, que não existe legalmente. Até mesmo a Norma Técnica que “justificaria”, já se encontrou refutada pela própria Organização Mundial de Saúde (2022), que diz não ter limite de idade para interromper a gravidez.

No entanto, mesmo após toda a atenção midiática, a conclusão do caso ainda não foi exposta, por se tratar de processo com sigilo de justiça. Há boatos (sem comprovação) de que o aborto foi realizado. A situação se faz mais gravosa ainda pois se trata de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal. No entanto, constata-se que o direito da menor gestante ao aborto legal foi negado inicialmente, e até a últimas informações, a gestante ainda estava sendo obrigada a manter gestação que não queria.

2.4.2 Caso Klara Castanho

O segundo caso é o da atriz Klara Castanho. Em 18 de junho de 2022, a atriz postou uma carta aberta em suas redes sociais (Instagram, 2022), relatando que sofreu violência sexual e não conseguiu contar a ninguém. Disse que não denunciou o criminoso, tomou as providências possíveis e tentou ao máximo continuar sua vida.

Em sua carta aberta, a atriz afirma que engravidou do estupro, e que o médico disse que ela seria obrigada a amar a criança pois 50% do DNA era dela própria. Ainda, aduziu que entre o dia que descobriu a gravidez e o parto, se passaram poucos dias, e que foi chantageada no hospital, com ameaças de divulgação de sua história.

Ao perceber que não possuía a menor condição psicológica de criar o fruto de seu estupro, a atriz resolveu entregar a criança para adoção. Realizou todos os trâmites legais, que garantem sigilo. No entanto, alguns colunistas descobriram a história e a indagaram a respeito, se estava mesmo grávida ou não.

Ao final, mesmo possuindo o direito ao “sigilo”, tanto do hospital quanto da Justiça, a história de Klara Castanho vazou. E a atriz foi duramente criticada por ter entregado o bebê para a adoção.

O que é possível concluir do caso Klara Castanho é que até quando não efetiva o direito ao aborto legal e conseqüentemente, há a entrega à adoção, a mulher é criticada. Não há paz, não há acolhimento. Consoante as regras do patriarcado, a vítima é suja e não possui razão.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto no decorrer da pesquisa, o desenvolvimento do presente estudo permitiu análise, restando claro que o cenário legislativo brasileiro não dá a devida relevância para a questão do aborto legal em casos de estupro. Embora seja tópico polêmico, não há resolução de conflito.

A presente pesquisa buscou aprofundar-se no tópico do aborto legal em caso de estupro e da ineficácia do Estado, debatendo a respeito da conseqüente insegurança jurídica advinda da falta de consolidação a respeito do assunto.

Assim, por intermédio das presentes reflexões foi possível visualizar a importância de legislação específica para os limites e procedimentos do aborto legal, especificamente nos casos de vítimas de estupro. Verificou-se que, em casos de inaplicabilidade do ordenamento jurídico, torna-se impossível a simples existência de um Estado Democrático de Direito, sendo este o motivo pelo qual as regras jurídicas se convertem em somente textos ineficazes e não-aplicáveis ao caso concreto.

Para se atingir o entendimento supracitado a respeito da temática, foram

definidos os objetivos a se alcançar no decorrer da pesquisa. O primeiro objetivo foi o de refletir acerca da aplicabilidade e eficácia das normas jurídicas existentes sobre aborto legal em casos de estupro. No que tange ao segundo objetivo, cita-se o de demonstrar a necessidade da atualização das normas jurídicas a respeito do assunto, preenchendo lacunas, bem como mencionar os motivos pelos quais o aborto legal nem sempre é efetuado.

Sobre os objetivos propostos, o estudo abordou os itens acima dispostos de maneira ampla e suficiente, argumentando sobre a aplicabilidade da legislação vigente e concluindo sobre sua ineficácia e insuficiência em decidir de maneira satisfatória a assegurar estabilidade jurídica nos casos de aborto legal por crime de estupro. Ainda, o trabalho analisou os motivos pelos quais o aborto legal não ocorre, bem como evidenciando-se dois casos nacionais famosos no ano de 2022, os quais uma gestante resolveu abortar e não teve seu direito atendido, e a outra gestante, mesmo mantendo a gravidez e entregando o bebê à adoção, foi amplamente criticada.

Ademais, há de se falar no objetivo geral de realizar reflexões críticas a respeito do aborto legal em casos de estupro, a ineficácia normativa e eventual insegurança jurídica originada a partir do não cumprimento do direito. É preciso salientar que tal análise foi realizada com foco nas questões jurídicas importantes, bem como no impacto social ocasionado pela insuficiência de legislação e das lacunas jurídicas, que podem resultar em insegurança jurídica.

Ainda, destaca-se a realidade de instabilidade que tal questão pode gerar, uma vez que nem sempre os direitos das mulheres são realmente efetivados, dependendo de diversos fatores tais como informação, procedimento adequado, concordância do profissional de saúde. Se for ao Poder Judiciário, fica a critério dos magistrados solucionar tal problema da forma que estes acharem mais satisfatória possível.

Isto posto, considera-se importante que sejam realizados trabalhos acadêmicos e estudos futuros a respeito da temática proposta, bem como criados novos Projetos de Lei que objetivem sanar as questões ainda existentes a respeito do aborto legal. É essencial que sejam tomadas medidas que intencionem entender os motivos pelos quais as mulheres não conseguem validar seu direito ao aborto legal, realizando ações que visem resguardar cada vez mais e facilitar o acesso dos direitos às vítimas. Necessita-se também de disposição legal específica para tratar sobre a temática, pois



a ausência de normas não implica na inexistência de questões e casos concretos, apenas implicam na dificuldade de resolução de litígios advindos de tal inexistência de normas, tais como o “limite” gestacional de 22 semanas. Reafirma-se sua relevância ao considerar que o tema sempre estará presente, pois infelizmente os índices de violência sexual sempre se encontram altos e é extremamente improvável que a erradicação do crime de estupro.

Assim, apenas resta ao ser humano (e de maneira específica para este artigo, ao judiciário brasileiro) que disserte e debata com frequência a respeito dos problemas da questão do aborto legal, para a criação de normas suficientes para solucionar tal conflito jurídico e eventual prevenção de novos casos de direitos sendo obstados.

REFERÊNCIAS

ARTIGO 19. **Breve Panorama sobre Aborto Legal e Transparência no Brasil.** 2018. Disponível em: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/12/AbortoLegalTransparencia_Reduzido.pdf>. Acesso em 09 de jun de 2022.

ARTIGO 19. **Plataforma reúne informações sobre serviços que realizam aborto legal no Brasil.** Disponível em: <<https://artigo19.org/2019/03/28/plataforma-reune-informacoes-sobre-servicos-que-realizam-aborto-legal-no-brasil/>>. Acesso em 19 de jun 2022

BIANCHINI, Alice. BAZZO, Mariana. CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra Mulheres.** 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica.** 6ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jun 2022

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11 abr. 2021

BRASIL. **Projeto de Lei 5435/2020, de 08 de dezembro de 2020.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8911162&ts=1652304870190&disposition=inline>>. Acesso em 11 jun. 2022



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54/DF** – Distrito Federal. Relator Marco Aurélio. Acórdão 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em 15 jun 2022

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:Parte Especial**.13. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2021.

DINIZ, Debora. MADEIRO, P. Alberto. **Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional**. 2015. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csc/a/L6XSyzXN7n4FgSmLPpvcJfB/?format=pdf&lang=pt> acesso em 16 jun 2022

DULAY,A.T. **MANUAL MERCK DE INFORMAÇÃO MÉDICA: Saúde Para a Família**. São Paulo: Manole, 2019. Disponível em:<<https://www.msdmanuals.com/pt-br/profissional/ginecologia-e-obstetr%C3%ADcia/anormalidades-na-gesta%C3%A7%C3%A3o/aborto-espont%C3%A2neo>> Acesso em: 22 jun 2022.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

FAÚNDES, A.; BARZELATTO, J. **O drama do aborto:em busca de um consenso**. Campinas: Komedi; 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf>>. Acesso em 22 de jun 2022

INSTAGRAM, <https://www.instagram.com/klarafgcastanho/>. Acesso em 18 jun 2022.
LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 37.ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, **Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra as Mulheres e Adolescentes**. 3ª Ed. Brasília – Distrito Federal, 2012, Disponível em



https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf Acesso em 28 jun 2022

MANUAL MERCK DE INFORMAÇÃO MÉDICA: **Saúde Para a Família**. São Paulo: Manole, 2020. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt-br/profissional/ginecologia-e-obstetr%C3%ADcia/anormalidades-na-gesta%C3%A7%C3%A3o/aborto-espont%C3%A2neo>; Acesso em 20 jun 2022.

MORAIS, L. R. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher**. In: Revista Senatus, v. 6, n.1, 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6. Acesso em: 12 jun 2022

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, **Diretrizes de Atenção ao Aborto**, 2022. Disponível em <https://srhr.org/abortioncare/chapter-2/recommendations-relating-to-regulation-of-abortion-2-2/law-policy-recommendation-3-gestational-age-limits-2-2-3/> Acesso em 22 jun 2022

THE INTERCEPT BRASIL, 2022. Disponível em <https://theintercept.com/2022/06/20/video-juiza>