



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

LETÍCIA FREIRES DE LIMA

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UMA ANÁLISE COMPARADA DAS PETIÇÕES INICIAIS DAS ADPF 54/DF, ADPF
442/DF E ADI 5581/DF**

BRASÍLIA-DF
2020

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

LETÍCIA FREIRES DE LIMA

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UMA ANÁLISE COMPARADA DAS PETIÇÕES INICIAIS DAS ADPF 54/DF, ADPF
442/DF E ADI 5581/DF**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Janaína Penalva da Silva

BRASÍLIA-DF
2020

LETÍCIA FREIRES DE LIMA

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UMA ANÁLISE COMPARADA DAS PETIÇÕES INICIAIS DAS ADPF 54/DF, ADPF
442/DF E ADI 5581/DF**

Apresentação em 17 de dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Janaína Penalva da Silva (Orientadora)

Professora Doutora Silvia Badim Marques

Doutora Gabriela Rondon Rossi Louzada

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que me concedeu forças nos momentos mais difíceis durante toda minha vida, em especial no último ano, considerando todo o contexto de pandemia no qual estamos vivendo.

Aos meus pais, Fátima e José, que embora não tenham tido acesso à educação sempre me apoiaram e me incentivaram a estudar e correr atrás dos meus sonhos, me dando todo suporte possível.

Aos meus amigos, em especial os que a universidade me proporcionou, por todo apoio, incentivo e auxílio durante a caminhada da graduação. E todos aqueles que estiveram ao meu lado e que de alguma forma contribuíram para que fosse possível chegar até aqui.

Por fim, a minha orientadora, Dra. Janaína Penalva da Silva, por toda compreensão, orientações, e correções no pouco tempo que lhe coube, que foram imprescindíveis para concluir este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar os principais argumentos presentes nas ações constitucionais pela descriminalização do aborto, analisando comparativamente as principais petições iniciais encaminhadas à corte constitucional relacionadas ao tema, em especial a ADPF 442 que requer a descriminalização do aborto até as primeiras 12 semanas de gestação. A interrupção voluntária da gravidez é crime no Brasil, salvo em situações excepcionais previstas em lei. Contudo, a criminalização do ato não impede que o aborto seja uma prática comum entre as mulheres. Nesse contexto, o trabalho expõe de maneira geral os direitos fundamentais das mulheres, sua contextualização histórica, e analisa pontos de convergência e divergência na retórica jurídica dos requerentes nas principais ações relacionadas à interrupção voluntária da gravidez. Ao analisar as exordiais, a pesquisa constatou que somente em uma delas se enfrentou diretamente a constitucionalidade da tipificação do aborto no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que as demais pretendiam ampliar o rol de hipóteses de legitimação do ato.

Palavras-chave: Aborto. Direito das mulheres. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This paper the main arguments existing in constitutional lawsuits about the decriminalization of abortion, comparatively analyzing the main initial petitions sent to the constitutional court related to the topic, in particular ADPF 442 that requires the decriminalization of abortion until the first 12 weeks of gestation. Voluntary interruption of pregnancy is a crime in Brazil, except in specific situations provided by law. However, criminalizing the practice does not prevent abortion from being a common practice among women. In this context, this paper exposes the fundamental rights of women, their historical context, and analyzes points of convergence and divergence in the legal rhetoric of the applicants in the main lawsuits related to the voluntary interruption of pregnancy. When analyzing the judicial exordials, the research found that only one of them directly faced the constitutionality of the typification of abortion in the Brazilian legal system, while the others intended to expand the list of hypotheses for legitimizing the practice.

Keywords: Abortion. Women's rights. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. ABORTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 AUTONOMIA DA MULHER E DIREITO À VIDA	12
1.2 ABORTO COMO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA	18
1.3 CLASSIFICAÇÕES DO ABORTO	22
2. PEDIDOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO STF	29
2.1 PETIÇÃO INICIAL ADPF 54/DF	30
2.2 PETIÇÃO INICIAL DA ADI 5581/DF	34
2.3 PETIÇÃO INICIAL DA ADPF 442/DF	39
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

A história da interrupção voluntária da gravidez remonta à antiguidade e é marcada por diversos períodos distintos, desde seu incentivo – como meio de controle de natalidade - à sua criminalização nas sociedades modernas. As políticas adotadas pelo Estado na antiguidade relacionadas ao aborto ou ao abandono de crianças recém-nascidas portadoras de anomalias físicas não eram precisamente abortos eugênicos, pois eram tomadas atitudes pós-nascimento, mas assemelhavam-se a esta indicação (TESSARO, 2006).

Não obstante, sob forte influência do Cristianismo, essas práticas foram dissipadas, sucedidas por um sentimento de sacralidade e inviolabilidade da vida. Assim, a legislação relacionada ao aborto, no antigo Direito Romano, foi alterada por seus imperadores equiparando o aborto ao crime de homicídio. Nessa perspectiva Tessaro (2006, p. 44) esclarece:

Consolidou-se o entendimento de que a vida iniciava-se no momento da concepção, e que não havia distinção entre um feto e um ser já nascido. A vida a ser tutelada era a mesma, merecendo idêntico tratamento. Portanto, foi o Cristianismo que identificou a figura do aborto ao homicídio, porquanto considerou o feto criatura de Deus, uma esperança de vida humana que deveria ser protegida pela religião, pela moral e pelo direito. Não obstante, Pierangeli refere que já na Idade Média, as legislações conferiam tratamento diverso e penas diferentes, de acordo com o período gestacional em que se encontrava o feto.

Percebe-se que, historicamente, não havia unanimidade entre os cristãos acerca do momento em que o aborto deveria ser penalizado, uma vez que “para efeitos de punição, importava distinguir o momento em que o feto tornava-se pessoa, visto que este seria o marco para configurar um homicídio, e, por conseguinte, pecado” (TESSARO, 2006). Devendo-se destacar, ainda, que até os dias atuais não há um consenso entre ciência, filosofia e religião a respeito do exato momento em que se inicia a vida.

As inovações científicas trouxeram à tona novamente o debate a respeito do momento em que se deve considerar existente a vida humana, isso porque, com os novos recursos de diagnóstico de pré-natal é viável identificar minuciosamente cada etapa do desenvolvimento embrionário e fetal, sendo possível até mesmo detectar anomalias que possam prejudicar a vida extrauterina. Além disso, a adoção de técnicas de reprodução assistida também contribuiu para a discussão sobre o assunto, uma vez que sua utilização desvincula a fecundação da gestação, visto que a mesma pode ser realizada dentro de um laboratório e o embrião permanecer preservado por tempo indeterminado.

Nessa conjuntura, surgem diversos questionamentos de ordem biológica a respeito do início da vida humana, e, mesmo diante de tantos avanços tecnológicos, não há respostas satisfatórias no meio científico. Assim, cumpre ressaltar que não há consenso na ciência, filosofia ou religião sobre quando se deve considerar o início da vida humana. Portanto, devem-se destacar algumas posições majoritárias como: a fecundação, nidação, o início da atividade cerebral e até mesmo a teoria cultural e ética. Todas essas teorias estão suscetíveis a indagações e, tratando-se de um conceito fundamentalmente moral, efetivamente não há que se falar em consenso, mas unicamente de tolerância recíproca entre as convicções.

De acordo com a teoria concepcional, a vida humana é um procedimento imediato, que se inicia no instante em que ocorre a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, originando uma nova realidade genética autônoma e diversa, o zigoto. Assim, para os concepcionalistas o principal argumento utilizado para definir o começo da vida humana é a potencialidade, isto é, o fato do zigoto carregar consigo a possibilidade de cumprir seu destino humano, que se aperfeiçoará nas etapas seguintes (TESSARO, 2006; MINAHIM, 2004).

Para a teoria biológico-evolutiva, o surgimento de indícios morfológicos do embrião indicaria o início da vida humana ou a considerar um determinado período da gestação. Dessa maneira, foram sugeridos os seguintes parâmetros para o início da vida humana: nidação/individualização, surgimento da crista neural, mobilidade fetal, viabilidade extra-uterina, nascimento e a aquisição de capacidade racional na infância (FRANCO, 2006; TESSARO, 2006; MINAHIM 2004).

Por fim, a teoria relacional indica que o início da vida humana é verificado a partir do desenvolvimento do vínculo relacional entre mãe e filho, ou seja, para os adeptos desta perspectiva, a definição do que é vida humana não encontra-se nem no zigoto, nem em um determinado estágio da evolução embrionária. Assim, a vida humana somente se iniciaria quando a gravidez passasse a ser um estado desejado pela mãe se desdobrando em seus sentidos e reflexões. Conseqüentemente, a perspectiva relacional considera a mulher como protagonista principal em seu processo reprodutivo, afastando-a do campo exclusivamente biológico (KOTTOW, 2001; TESSARO, 2006).

Importante lembrar que ao se falar em um Estado Democrático de Direito, o qual se presume a laicidade como um de seus pilares fundamentais, é inconcebível que noções morais e religiosas possam conduzir suas ações e políticas públicas. Logo, não é permitido ao Estado

obrigar um cidadão a se submeter a uma fé religiosa que não condiz àquela de sua escolha pessoal.

No Brasil, a primeira alusão ao aborto como infração penal ocorreu no Código Penal do Império, em 1830, sendo inserido no capítulo atinente aos Crimes contra a segurança da pessoa e da vida. Na referida legislação especial o aborto era punido somente quando realizado por terceiros, com ou sem a concordância da gestante, além de penalizar também o fornecimento de medicamentos abortivos, mesmo que o aborto em si não ocorresse (TESSARO, 2006).

Posteriormente, em 1890, sancionado o Código Penal Republicano, passou-se a penalizar o auto-aborto e adotou-se a diferenciação entre o aborto com ou sem expulsão do feto, para efeitos de cominação da pena, majorando o primeiro. A pena era igualmente elevada nos casos em que o aborto ou os meios utilizados resultassem na morte da mulher. Apesar disso, a pena poderia ser atenuada se o aborto fosse praticado com a intenção de ocultar desonra particular, o que retrata claramente a visão machista e patriarcal da sociedade neste período. Concomitantemente, o Código Republicano foi o primeiro a dispor sobre o aborto legal e necessário, ou seja, aquele indicado quando não há outro modo de salvar a vida da gestante (TESSARO, 2006).

O Código penal vigente, sancionado em 1940, elenca em seu Título I (Dos Crimes Contra a Pessoa), Capítulo I (Dos Crimes Contra a Vida), nos artigos 124 a 127, o crime de aborto e sua respectiva pena. Sendo punível o auto-aborto e o aborto provocado por terceiros. Há as exceções elencadas no artigo 128, incisos I e II, que dispõem que o médico não será punido quando tratar-se de mecanismo necessário para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for resultante de estupro, respectivamente, sendo necessário nesse último o consentimento da mulher. Esta legislação restritiva insere o Brasil no grupo de países que possuem as legislações mais severas referentes ao aborto (TESSARO, 2006).

Apesar da inclusão desses permissivos legais, durante muito tempo não houve qualquer mobilização do poder público no sentido de permitir sua efetivação, e apenas ao final dos anos 80 começaram a ser estruturados serviços de saúde voltados para a prática de interrupção de gravidez decorrente de estupro (VILLELA; BARBOSA, 2011).

Em todo o período de vigência do atual Código Penal houve tentativas para que o texto legal fosse adequado a realidade brasileira e a atualidade, todavia sem sucesso. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em 2012, julgou a Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental (ADPF) – nº54, assegurando a antecipação terapêutica do parto em gestação de feto anencéfalo. O Supremo declarou ser inconstitucional a interpretação que caracterizava a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como delito de aborto tipificado no Código Penal. Pois, nesses casos, tendo em vista a inviabilidade da vida extrauterina, não haveria direito à vida a se proteger, pelo que restaria atípica a prática abortiva. Assim, tal decisão não descriminalizou nenhuma das hipóteses de aborto listadas no CP. Porém, foi o mais próximo de uma adequação à contemporaneidade que se atingiu nos últimos anos, uma vez que, obrigar a mulher a levar até o final uma gestação em que se está ciente de que o feto não sobreviverá após o parto fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde das mulheres.

No âmbito legislativo, a tentativa mais promissora de alteração das normas relacionadas ao aborto no país ocorreu em 2005, com a instalação pela Secretaria Especial das Políticas das mulheres, de uma comissão tripartite composta por 18 representantes dos poderes Executivo, Legislativo e da Sociedade Civil. A conclusão dos trabalhos desta Comissão produziu um anteprojeto de lei propondo a descriminalização do aborto, sugestões estas que foram incorporadas ao Projeto de Lei (PL) 1.1135/91, de relatoria da Deputada Jandira Feghali. Todavia, em 2008, o projeto foi rejeitado pela Comissão de Justiça e Cidadania e, em 2012, encaminhado ao arquivo.

Recentemente, o Deputado Jean Wyllys havia protocolado na Câmara dos Deputados o PL 882/2015 que trata da interrupção voluntária da gravidez de até 12 semanas de gestação e prevê que o aborto deva ser realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Este projeto foi anexado a outro PL, o 313/2007, de autoria do Deputado Maurício Trindade, que trata de outros ângulos do planejamento familiar, que não o aborto. O projeto acabou sendo arquivado em 2018, e desarquivado em fevereiro de 2019, porém continua apensado ao PL 313/2007 e aguarda parecer do relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) desde então.

Apesar de todas essas dificuldades para discutir o assunto dentro do país, internacionalmente o Brasil já reconheceu que o aborto é uma questão de saúde pública e efetivamente se comprometeu a alterar sua legislação. Assim, cabe mencionar que o Brasil é signatário, sem reservas, dos Programas de Ação acordados em duas importantes Conferências Internacionais: a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo – 1994), na qual se reconheceu o aborto como problema de saúde pública; e a Quarta

Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing - 1995), na qual se orientou que os países modificassem suas leis que punam as mulheres que recorrem ao aborto.

Em síntese, infere-se que ao longo da história, o aborto era utilizado como método contraceptivo e sua prática sempre esteve relacionada com questões culturais dos grupos sociais, sofrendo forte interferência política e religiosa. De modo que essas questões atravessam o tempo e se mantêm nas discussões a respeito desse tema até a atualidade, por isto, importante e oportuna, uma discussão acadêmica sobre a descriminalização do aborto.

Este trabalho tem por base a pesquisa documental e bibliográfica, envolvendo o conteúdo de livros, monografias, dissertações de mestrado, teses de doutorado, revistas, artigos científicos, legislações, petições e decisões judiciais e consultas a sites de órgãos públicos brasileiros. Apoiada em tal acervo, a presente monografia divide-se em duas partes.

A primeira, como objetivo geral, foi subdividida em dois tópicos, buscando-se analisar a problemática do aborto envolvendo os direitos fundamentais das mulheres e seu reconhecimento como problema de saúde pública. No segundo capítulo, como objetivo específico, foi realizado um estudo documental dos principais argumentos constitucionais utilizados nas ações propostas perante o Supremo Tribunal Federal na busca pelo reconhecimento dos direitos das mulheres e a consequente descriminalização do aborto.

O presente trabalho busca elucidar a realidade do aborto no Brasil e seus impactos na vida das mulheres e contribuir na compreensão da retórica jurídica utilizada nas ações que buscam sua descriminalização.

1. ABORTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 AUTONOMIA DA MULHER E DIREITO À VIDA

A luta pelo direito à igualdade remete ao fim dos governos absolutistas, em especial dois acontecimentos são considerados marcos histórico: a difusão dos ideais iluministas e a Revolução Francesa, que teve seu início em 1789 e perdurou por cerca de uma década. Em linhas gerais, pode-se afirmar que a busca pela igualdade e a consolidação dos direitos humanos em face do Estado surgiu em meio às revoluções, no século XVIII.

Os ideais iluministas foram fundamentais para garantia dos direitos de liberdade e igualdade, uma vez que defendiam a prevalência da razão e da ciência no lugar de explicações divinas e de costumes baseados em privilégios. Embora estas ideias não tivessem qualquer relação direta com os direitos das mulheres em si, foi o pontapé inicial para que as mesmas passassem a questionar os padrões impostos pela sociedade patriarcal e refletissem sobre seus direitos.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão surge, então, como principal documento de consolidação dos direitos humanos apresentados como normas obrigatórias. Todavia, sua promulgação não gerou nenhuma mudança significativa no tratamento entre homens e mulheres, além de excluir do seu âmbito de proteção, os escravos e os homens livres de cor negra (LIMA, 2013).

No final do século XX, com a utilização de métodos contraceptivos e a conseqüente desvinculação entre sexo e procriação, as alterações nos tamanhos e nas dinâmicas das famílias, aliadas aos esforços exercidos pelos movimentos feministas, as restrições referentes à autonomia reprodutiva das mulheres passaram a ser reconhecidas como violações dos direitos humanos e empecilhos para o desenvolvimento econômico e social (VILLELA; BARBOSA, 2011).

Nesse sentido, em 1948, após a Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos incluindo, em seu artigo 2º, os princípios da universalidade e da não-discriminação, assim exposto:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou

do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

O primeiro tratado internacional a falar especificamente sobre os direitos humanos da mulher foi a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, a qual empenha-se na luta pela igualdade e eliminação da discriminação baseada no gênero.

Em seguida, no ano de 1993, foi promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a resolução 48/104, denominada Declaração de Viena, versando especificamente sobre maneiras de erradicar a violência contra as mulheres e reconhecendo que este tipo de violência consiste na demonstração das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que direcionaram o controle e à discriminação das mulheres por parte dos homens impossibilitando o pleno progresso das mesmas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, dispõe em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, além de prever ainda vários outros direitos fundamentais, elencados no decorrer da Carta Magna, de forma explícita e implicitamente, impondo ao Estado abstenção em determinados momentos e uma ação positiva em outros para proteção desses direitos. Nesse sentido, o §4º do artigo 60 da CF, estabelece uma limitação ao legislador e ao poder constituinte reformador, proibindo a deliberação de proposta de emenda à Constituição que tenha por objetivo abolir direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais têm aplicação direta e imediata, consoante expressamente previsto na Constituição Federal, e a doutrina confere a eles alguns atributos especiais, por exemplo: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, e irrenunciabilidade (SILVA, 2004). Porém, estes direitos não são absolutos e eventualmente podem surgir conflitos entre os mesmos, devendo a sobreposição de um direito sobre o outro ser analisado em cada caso concreto, uma vez que não há hierarquia entre as normas constitucionais.

Existem no ordenamento jurídico brasileiro alguns mecanismos para resolução de antinomias jurídicas. O conflito aparente de normas, denominado assim quando em tese há uma contradição entre as normas, porém esta incongruência pode ser solucionada por um dos critérios de solução de conflitos, que são três: critério hierárquico (*lex superior*), onde as normas superiores, prevalecem diante das inferiores, o critério cronológico (*lex posterior*), onde as normas posteriores revogam as anteriores que se apresentem incompatíveis entre si, e

por fim, o critério da especialidade (*lex specialis*), de acordo com o qual, as normas mais específicas se aplicam ante as mais gerais.

Todavia, ao se falar normas constitucionais, esses critérios passam a ser ineficazes, visto que os princípios elevados a direitos fundamentais fazem parte de uma mesma norma – Constituição – que é superior as outras, e se encontram no mesmo nível hierárquico; foram promulgadas, salvo raras exceções, ao mesmo tempo e são generalíssimas por sua natureza. Surgindo, então, um conflito real entre essas normas. Logo, para solucionar essa divergência é importante primeiramente entender que não existem direitos absolutos, no sentido de sempre serem utilizados como valores máximos, sem considerar outras circunstâncias. Conseqüentemente, em cada caso concreto um direito poderá prevalecer em face do outro, não havendo uma “escolha certa”, mas devendo ser observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e sendo realizada a ponderação e harmonia entre os mesmo, objetivando alcançar fins maiores: o cumprimento da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, encontra-se o embate entre a autonomia da mulher e o direito à vida. Autonomia refere-se à faculdade de tomar decisões livremente, definir suas próprias normas de conduta. Este direito é assegurado pela Constituição Federal, a homens e mulheres, no artigo 1º, inciso III, como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. Conseqüentemente, o Estado ao impor à mulher sustentar uma gravidez indesejada interfere em sua autonomia de escolher como levar a vida segundo seus valores morais, sociais ou religiosos.

Ao se falar em autonomia da mulher, é importante frisar ainda a contribuição dos movimentos feministas na proteção e conquista desses direitos no decorrer da história nas mais distintas conjunturas políticas, econômicas e socioculturais. Assim, fatores como a conquista ao direito à educação, direito ao voto, influenciaram para que as mulheres questionassem as restrições sobre seus corpos e exercício de sua sexualidade. Destacando-se, no âmbito do direito penal brasileiro, a exclusão do termo “mulher honesta” e a modificação do título “Dos crimes contra os Costumes” para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, além de revogar a possibilidade de casamento da vítima de violência sexual com seu agressor ou com outro homem como forma de extinção de punibilidade. Pode-se citar, ainda, a promulgação da Lei Maria da Penha e a alteração na interpretação doutrinária a respeito do estupro marital, que antes considerava tal conduta como atípica, uma vez que a conjunção

carnal era considerada uma das obrigações matrimoniais (BLAY, 2001; VILLELA; BARBOSA, 2011).

Mesmo diante de diversas alterações objetivando a concretização de direitos fundamentais da mulher, o aborto voluntário continua a ser criminalizado pela legislação penal brasileira, impondo a milhares de mulheres a manterem uma gestação indesejada ou a se submeterem a procedimentos perigosos em clínicas clandestinas com o intuito de interromper a gravidez.

A tipificação do aborto voluntário afeta tanto a autonomia da mulher como a concretização da igualdade de gênero. Embora a luta do movimento feminista tenha alcançado diversas conquistas sociais e políticas, a posição histórica da mulher, discutida desde o século XX, não foi ultrapassada. Assim, segundo Villela e Barbosa (2011), a criminalização da prática do aborto é exemplo do controle social sobre o corpo das mulheres e da desigualdade entre homens e mulheres, visto que a relação sexual que provoca uma gravidez compreende o envolvimento de duas pessoas, em circunstâncias nas quais o poder de decisão sobre a ocorrência daquele ato nem sempre é o mesmo para os dois envolvidos, porém, a gestação efetua-se exclusivamente no corpo das mulheres. Diante disso, quando uma mulher decide não seguir com a gestação a mesma terá que se submeter a uma prática, que se não for legal, envolve diversos riscos, assumindo sozinha todas as consequências negativas de uma situação que não foi provocada apenas por ela e sobre a qual muitas vezes as mulheres não são tão responsáveis quanto seus parceiros, como ocorre quando os homens se recusam a usar preservativos, não permitem que a mulher faça contracepção, as forçam a fazer sexo, etc.

As mulheres, tradicionalmente, resumiam-se a ideia de maternidade, ou seja, ser mãe era um destino inevitável. Esse aspecto favorecia a submissão das mulheres, pois justificava sua permanência na esfera privada, criando-se um padrão que estipulava como atributos femininos a mansidão, a cautela, a doçura e a omissão perante os homens. Nesse sentido, Blay (2001, P.84) afirma: “A trajetória das mulheres no mundo capitalista e socialista, ocidental e oriental, é marcada pela discriminação. Diferenças sexuais foram pretexto para impor relações hierárquicas, homens nas posições de dominação e mulheres nas subordinadas.” Ratificando essa perspectiva, Villela e Barbosa (2011, p. 22-23), esclarecem:

A mulher produzida pelos discursos médico e jurídico a partir do século XVIII – e que permanece como modelo ao longo dos séculos XIX, XX e até hoje – tem sua sexualidade reprimida e subordinada ao casamento e à maternidade, bem como à ideia de amor, construída no mesmo período. Assim, a mescla entre um suposto instinto maternal feminino e a propensão ao amor, este entendido e como algo relacionado ao romance, à fantasia e também a uma certa obediência e subordinação

ao homem irão permear a subjetividade das mulheres e constituir uma concepção de feminilidade que logo se transforma no padrão de normalidade a ser buscado por todas as mulheres. Para esta mulher romântica e maternal, recém-produzida na história a prática do aborto parece ser incompatível – a negação de sua natureza materna e generosa.

A ideia de que a maternidade é o destino natural de toda mulher é uma das questões que afetam a discussão a respeito do direito fundamental ao aborto. Pois, esta perspectiva coloca a reprodução humana como direção da plenitude e realização feminina, em outras palavras, percorrer esse caminho resultaria em uma vida de sacrifícios prazerosos e imprescindíveis para o estabelecimento da personalidade feminina. Logo, a condição reprodutiva das mulheres deixa de ser uma faculdade, um direito, para converter-se em um dever prefixado em seu corpo e em sua subjetividade. Onde a procriação passa a ser função primordial das mulheres, que definirá suas características e como deverá agir, além de determinar sua valorização nas demais áreas baseadas em sua contribuição ao desempenho da maternidade (VILLELA,; BARBOSA, 2011).

Nesse cenário, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994, denominada Conferência de Cairo, é considerada um marco histórico na legitimação dos direitos sexuais e reprodutivos. Uma vez que, a partir dela as medidas estatais voltadas para contenção do crescimento populacional como meio de melhorar o quadro socioeconômico dos países reconheceu o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos dos homens e mulheres.

A validação desses direitos permite que as pessoas possam desfrutar de uma vida sexual ativa e segura, além de conceder que as mesmas decidam se querem ou não ter filhos, o momento em que deseja tê-los e a quantidade que serão. Além disto, a Conferência de Cairo, também interferiu no direito à saúde reprodutiva, garantindo aos cidadãos acesso a informações e recursos de planejamento familiar e de controle de fecundidade. Consequentemente, a Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 7º, estabelece que o planejamento familiar é de livre decisão familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

O Estado e a sociedade ao interferirem na vida e escolhas particulares das mulheres, pressionando-as a gestar um novo ser, violam os direitos das mesmas à integridade física e psíquica. As alterações ocasionadas por uma gravidez podem gerar danos de caráter físico e psicológico, visto que as mudanças no corpo são inquestionáveis e uma mulher impedida de

realizar um aborto, em sua maioria, não possui nenhum suporte profissional psicológico para lidar com aquela situação indesejada. Nesse sentido, Blay (2001, p.86), expõe que:

A ausência de políticas públicas reprodutivas fez com que as mulheres buscassem seus próprios meios para reduzir o número de filhos. Abortos clandestinos – pois o país os proíbe –, métodos os mais primitivos para evitar a gravidez aliados ao consumo indiscriminado de pílulas anticoncepcionais evitaram o nascimento de crianças mesmo que à custa da saúde e da vida das mulheres.

Nesse sentido, ainda, a Pesquisa Nacional do Aborto de 2016 (PNA 2016) informa:

Os resultados indicam que o aborto é um fenômeno frequente e persistente entre as mulheres de todas as classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e religiões: em 2016, quase 1 em cada 5 mulheres, aos 40 anos já realizou, pelo menos, um aborto. Em 2015, foram, aproximadamente, 416 mil mulheres.

Conforme já mencionado, não há consenso no meio científico, filosófico e, religioso, a respeito do início da vida, o que dificulta ainda mais o debate a respeito do aborto voluntário, visto que em tese, os contrários a sua descriminalização entendem que o mesmo estaria violando o direito à vida. É importante, nesse contexto, frisar que abortos voluntários são realizados diariamente no país, seja ele criminalizado ou não, levando mulheres a se submeterem a situações que colocam sua saúde e vidas em risco, ou seja, tal tratamento tem colocado uma potencial vida em detrimento da vida factual das mulheres. Nesse sentido, Villela e Barbosa (2011, p.31) expõem:

É consenso que vida e dignidade humana constituem bens fundamentais a serem protegidos pelas leis. Entretanto, no debate sobre o direito das mulheres ao aborto, tem ocorrido um deslocamento, sendo posto em questão o direito do embrião ou feto ao desenvolvimento à condição de vida, por meio da atribuição do estatuto de pessoa a ele. Assim, o direito das mulheres a uma vida digna, que inclui a liberdade para fazer escolhas, e o compromisso da sociedade em respeitá-las, é confrontado com o direito ao desenvolvimento do embrião ou feto, camuflado de direito à vida de um ser que ainda não existe.

Em resumo, as leis que criminalizam o aborto violam os direitos humanos das mulheres, pois contribuem para que as mesmas busquem o aborto inseguro, clandestino, colocando suas vidas e saúde em risco. Essas leis não respeitam a decisão da mulher de interromper sua gravidez como um ato de autodeterminação. A Comissão Americana de Direitos Humanos enfatiza a importância de reduzir o aborto inseguro para mulheres não apenas de um aspecto, mas também para garantir seus direitos como mulheres, incluindo o direito à integridade pessoal. Ademais, o reconhecimento dos prejuízos ocasionados pela criminalização do aborto para a saúde das mulheres e para as famílias, nos casos de morte materna, a ausência de consenso sobre o tema e a confirmação, com base nas experiências de outros países onde o aborto é legalizado, de que a não restrição a essa prática reduz óbitos

e problemas de saúde, sem que o aborto se torne uma ação descontrolada e danosa à população e aos países, tem auxiliado esforços perante aos governos e à opinião pública no sentido de revisar a legislação punitiva em relação ao aborto nos países onde isso ocorre.

1.2 ABORTO COMO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

O aborto inseguro é descrito pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como “um procedimento para interromper uma gravidez indesejada que é realizada por uma pessoa sem as habilidades necessárias ou em um ambiente que não está em conformidade com os padrões médicos mínimos, ou ambos”. O aborto inseguro é considerado uma das principais causas de mortalidade materna no mundo, sendo estas ocorrências menores em países onde o aborto é legalizado. Em contrapartida, o aborto medicamentoso que é caracterizado pelo uso de remédios para interrupção de gravidez, tem servido como meio alternativo crítico para salvar a vida de mulheres que morrem devido a complicações do aborto inseguro. Destarte, o aborto inseguro é considerado um sério problema de saúde pública em todo o mundo, uma vez que o mesmo está relacionado a graves complicações para a saúde das mulheres.

As excessivas preocupações sobre legalidade e segurança têm retardado a introdução do aborto medicamentoso em países onde o mesmo é mais necessário, locais onde as próprias mulheres estão se auto-administrando o medicamento amplamente conhecido como misoprostol para interromper a gravidez. Mulheres têm adquirido o medicamento por diversos meios: de médicos, de farmacêuticos, através do mercado negro, etc. O Misoprostol, originalmente comercializado para prevenção e tratamento de úlcera gástrica, causa contrações uterinas e amadurecimento cervical, descoberta médica feita por mulheres anônimas que testaram o medicamento em seus próprios corpos por tentativa e erro. Sendo considerado um meio seguro e eficaz para a interrupção da gravidez - comparado a utilização de agulhas de crochê ou veneno de rato - entre outras indicações ginecológicas e obstétricas (DINIZ, 2012).

Quantificar o número de abortos inseguros e/ou provocados que ocorrem por ano, no Brasil e no mundo, é uma tarefa difícil. Poucos são os países que possuem dados confiáveis, uma vez que, a criminalização do ato prejudica ainda mais seu dimensionamento. Todavia, estima-se que aproximadamente 50 milhões de abortos inseguros ocorram anualmente no

mundo, sendo 25% desses com complicações graves para a saúde da mulher, além disso, cerca de 66.500 mulheres morrem por consequências do aborto inseguro (BORSARI, 2012).

Segundo a OMS, a cada 1.000 mulheres em idade fértil (15 aos 44 anos), 29 induziram o aborto em algum momento da vida. Aproximadamente 1/3 das 205 milhões de gravidezes que ocorrem no mundo anualmente são indesejadas e 20% acabam em aborto provocado (BORSARI, 2012). A carência de dados sobre aborto é compreensível em países onde sua prática é ilegal, visto que o registro de tal ato pode gerar consequências graves, tanto para as mulheres que o praticam, quanto para a pessoa que realizou o procedimento. Deste modo, as estatísticas se amparam principalmente no número de mulheres atendidas em hospitais públicos após abortos malsucedidos, podendo esses números serem ainda maiores, ou seja, estes dados devem ser considerados somente a ponta de um *iceberg*.

Um dos aspectos do direito à saúde é de que os indivíduos têm o direito de serem plenamente informados das disponibilidades de alternativas, que não se limitam a serviços dentro do sistema de saúde. As mulheres historicamente têm se envolvido com o aborto inseguro, incluindo a auto-indução, por diferentes razões. Para algumas mulheres, alternativas seguras não estão legalmente disponíveis. Para as outras, auto-indução continua a ser o método mais utilizado, apesar da liberalização e disponibilidade de serviços dentro do sistema de saúde. Os motivos desta escolha são muitos: falta de conhecimento, custos proibitivos, atendimento de má qualidade, preocupações com a privacidade, exploração e maus-tratos e vergonha.

O aborto inseguro, conforme mencionado, é uma das principais causas de mortalidade materna e coloca em risco principalmente a vida das mulheres dos países em desenvolvimento, onde o aborto é criminalizado, e nos países onde, apesar de legalmente permitido, não é amplamente acessível. A mortalidade e a morbidade maternas relacionadas ao aborto provocado e inseguro dependem do acesso a métodos de menor risco para a interrupção da gestação. As taxas de morbidade e hospitalização por aborto provocado têm diminuído desde os anos de 1990 em resposta ao uso de formas mais seguras de se realizar o aborto.

Dados do Sistema Único de Saúde (SUS) revelam que ocorreram aproximadamente 200.000 internações/ano por procedimentos relacionados ao aborto entre 2008 e 2015. Essas internações apresentaram um valor total de aproximadamente R\$ 40.000.000,00 ao ano, divididos entre serviços profissionais (média de 35%) e serviços hospitalares (média de 65%).

Esses percentuais variaram pouco ao longo do tempo. O procedimento informado foi “Curetagem pós-abortamento/puerperal” em aproximadamente 95% dos casos.

No Brasil, o número de mulheres que procuraram hospitais públicos devido a complicações por aborto decaiu em 28% nos últimos 13 anos. Essa diminuição se relaciona, não somente com a redução da taxa de natalidade, mas também ao aumento do uso do misoprostol, substituindo métodos mais invasivos, colaborando para a redução das complicações (BORSARI, 2012; DINIZ, MEDEIROS, 2016).

Estima-se que ocorram, anualmente, mais de um milhão de abortos, a maioria realizada por mulheres na faixa etária de 20–29 anos, que trabalham e têm pelo menos um filho vivo, usam métodos contraceptivos, são da religião católica e mantêm relacionamentos estáveis (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011; DINIZ, MEDEIROS, 2016). Essas mulheres possuem renda de até três salários mínimos e até oito anos de escolaridade. Ainda, de acordo com Diniz e Medeiros, em estudo realizado pela Universidade de Brasília em parceria com o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), foram apresentados os primeiros resultados da Pesquisa Nacional de Aborto. Essa pesquisa revela que, nas áreas urbanas do Brasil, mais de 1 a cada 5 mulheres na faixa etária de 18–29 anos já realizou um aborto. A maioria delas possui baixa escolaridade, metade fez uso de medicação para indução do aborto e também recorreu à hospitalização.

O uso próprio de misoprostol pelas mulheres teve um efeito positivo e notável impacto sobre o aborto inseguro, afastando a aceitação comum de que o aborto auto-induzido é necessariamente “inseguro”. Ao se comparar com outros métodos clandestinos, como a inserção de objetos no útero ou uso de agentes cáusticos, o uso deste fármaco está associado com a redução das complicações e mortes relacionadas ao aborto.

O método tornou o aborto inseguro "mais seguro" e poderia ter resultados ainda mais satisfatórios, uma vez que, embora informações sobre o uso seguro e eficaz do misoprostol estejam disponíveis, as mulheres muitas vezes não têm acesso a essa informação. Isso inclui informações sobre dosagem e vias de administração, gama de uso gestacional, possíveis efeitos colaterais e complicações. Levando isso em consideração, um número crescente de iniciativas estão respondendo à necessidade das mulheres por informações sobre o auto-uso mais seguro de misoprostol (ERDMAN, 2012).

A organização holandesa sem fins lucrativos Women on Waves, originou a *Linha Direta de Aborto Seguro*, operando atualmente em 7 países da América Latina e na Ásia, que

possui leis restritivas ao aborto. Anunciado em espaços públicos, as linhas diretas fornecem informações gratuitas às mulheres sobre o misoprostol e instruções de uso. Membros treinados do local organizações de mulheres fornecem essas informações com base nos padrões de protocolos da OMS.

No Uruguai, as *Iniciativas Sanitarias contra o Aborto Provocado en Condiciones de Riesgo* foi o primeiro esforço médico consolidado por uma equipe de ginecologistas obstetras para fornecer informações de uso mais seguro por meio de consultas médico-paciente. São fornecidas para mulheres com gravidezes indesejadas, não qualificadas para um aborto legal, informações baseadas em evidências sobre os riscos de diferentes métodos de aborto clandestino, incluindo o misoprostol como um método auto-induzido mais seguro. Implementado inicialmente como um projeto piloto em uma maternidade pública, a iniciativa foi posteriormente endossada pelo Ministério da Saúde nacional, sancionada por lei, e implementada em todas as instalações do setor público. A iniciativa além de fornecer informações de uso mais seguro, disponibilizam legalmente uma estrutura política de apoio. (BRIOZZO, 2016)

Considera-se que a prevenção deve ser o principal meio para evitar uma gravidez indesejada, porém deve-se compreender primeiramente que não existe nenhum método contraceptivo totalmente eficaz. Além disso, os procedimentos voltados à esterilização, como a laqueadura e vasectomia, também possuem uma legislação restritiva e acesso dificultado. Logo, é perceptível que a tradição da mulher vinculada à maternidade continua enraizada na sociedade e que esta percepção interfere nas escolhas pessoais e saúde das mesmas, evitando assim que políticas públicas de saúde voltadas a prevenção e redução de danos do aborto sejam desenvolvidas ou aplicadas. Ao debater este ponto, Villela e Barbosa (2011), elucidam:

É estimado que 40% das gestações que ocorrem a cada ano no mundo não tenham sido planejadas e ocorram como resultado do não uso de contraceptivos, uso incorreto ou falha do método. Isso significa que as gestações indesejadas e, conseqüentemente, os abortos podem ser reduzidos com o aumento do acesso à contracepção segura, em especial entre as mulheres que têm atividade sexual mais intensa ou que enfrentam dificuldades para se recusar a ter relação sexual, como profissionais do sexo, mulheres que vivem em situação de violência e as mais jovens. No entanto, mesmo a ampliação do acesso à informação e aos métodos de contracepção não é capaz de eliminar por completo a ocorrência de gestações indesejadas, devido à possibilidade de falha do método. Aproximadamente 20% das gestações indesejadas que acontecem a cada ano afetam mulheres que estavam em uso consistente de algum contraceptivo. Dessas gestações, uma parte significativa é interrompida, de forma segura ou não, a depender do país. O fato de nenhum método contraceptivo prover segurança total e a chance de acontecer uma gravidez mesmo entre mulheres que fazem uso de contraceptivos implicam na necessidade de existência de serviços de aborto seguros.

Percebe-se que as estatísticas de aborto inseguro, no Brasil e no mundo, apresentam semelhanças no que se refere a uma grande diminuição do número de abortos induzidos e ou provocados nas últimas décadas, o que se corrobora com a diminuição das taxas de natalidade mundiais, ao acesso às informações e aos métodos contraceptivos, bem como o uso de novos medicamentos, a assistência médica especializada e a humanização da saúde pública. Contudo, observa-se que nos países em desenvolvimento e nos países em que o aborto é ilegal, devido às condições inseguras em que são realizados, ainda encontram-se números grandiosos e altos índices de mortalidade materna. O aborto provocado é, sem dúvidas, uma questão de saúde pública para o Brasil, e, além disso, torna-se relevante questão social e econômica para mundo (BORSARI, 2012; DINIZ, MEDEIROS, 2016).

Portanto, o aborto inseguro, mesmo podendo ser prevenido segue colocando a vida e a saúde de inúmeras mulheres em risco. E, caso não haja uma diligência consciente por parte do Estado na direção de ampliar o acesso a métodos contraceptivos e ao aborto seguro, é possível que o número de abortos inseguros e de mulheres prejudicadas pelas complicações ocasionadas por esta prática continue a aumentar. Deste modo, a OMS sugere três estratégias para enfrentar o problema de saúde e justiça social que o aborto simboliza para as mulheres e suas famílias: ampliação do alcance a informações e métodos contraceptivos de qualidade; desenvolvimento do acesso e da qualidade da atenção pós-aborto e descriminalização do aborto.

1.3 CLASSIFICAÇÕES DO ABORTO

O atual Código Penal, de 1940, em oposição aos Códigos Penais de 1830 (art. 2º §1º) e 1890 (art. 7º), não concedeu a definição de crime em seu texto, ficando a cargo da doutrina nacional sua conceituação a qual adotou, em sua maioria, o conceito analítico de crime. Assim, Assis Toledo (1994, p.80) dispõe:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a por à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que tem sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

Dessa maneira, para que uma conduta seja considerada criminosa é necessária a presença destes três elementos: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A tipicidade requer que a conduta realizada pelo agente esteja descrita na norma em abstrato. A ilicitude é a conduta

humana contrária ao tipo penal, manifestando-se por uma ação ou omissão, quando não há nenhuma causa de justificação. E a culpabilidade está relacionada ao juízo de reprovação social em face da conduta típica e ilícita do agente. Logo, neste elemento deve-se analisar a potencial consciência do caráter ilícito do fato típico e a exigibilidade de conduta diversa. Na ausência de um destes três elementos, não há que se falar em crime (BITENCOURT, 2019).

O legislador penal pátrio optou por tipificar a prática abortiva, porém não conceituou o aborto¹. Assim, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina, o bem jurídico penal tutelado neste caso é a vida do nascituro, a partir da concepção. O aborto seria a interrupção da gravidez com a expulsão do feto do útero até o início do parto, não havendo distinção entre óvulo fecundado, embrião ou feto, sendo suficiente para sua configuração como delito penal a interrupção da gestação, independentemente do estágio em que se encontra. Após o parto, a conduta passaria então a configurar infanticídio ou homicídio, a depender das particularidades dos citados tipos penais.

O abortamento, no entanto, somente poderá ser punível quando se tratar de uma gravidez normal. Nesse sentido, de acordo com Costa Jr. (2005, p.388):

“para que se configure o abortamento, a gravidez deverá ser normal. A interrupção da gravidez extra-uterina (no ovário, fímbria, trompas ou na parede uterina) ou a da gravidez molar (formação degenerativa do óvulo fecundado) não configuram o aborto, uma vez que o produto da concepção não atinge vida própria.”

Importante salientar que para fins de tutela do direito penal, somente importam as figuras do aborto legal e criminoso, uma vez que no aborto espontâneo a interrupção da gravidez decorre de um processo fisiológico; já no aborto acidental, manifesta-se como resultado de um traumatismo ou acidente, logo, ausente os requisitos para proteção penal.

O Código Penal distingue em seu texto cinco modalidades de aborto, quais sejam: autoaborto (art.124, primeira parte, CP), aborto consentido (art. 124, segunda parte e art.126), aborto não consentido (art. 125, CP), aborto necessário - ou terapêutico (art. 128, I, CP) e aborto eletivo (art. 128, II, do CP).

Observa-se que há uma dupla tipificação para a mesma conduta nos artigos 124 e 126, caracterizando, assim, uma exceção à teoria monística da ação adotada pelo Código Penal, em seu artigo 29: “quem, de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. De acordo com esta teoria, o crime deve ser

1 Segundo Damásio de Jesus (2020, p.143): “A palavra abortamento tem maior significado técnico que aborto. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras.”

atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, sem distinção entre autor e partícipe. Logo, ainda que o crime seja praticado por mais de uma pessoa, permanece único e indivisível. Todavia, em relação ao aborto, o legislador estipulou uma exceção à teoria monística, concedendo censura em graus distintos para a conduta da gestante que consente com o aborto e para a conduta do terceiro que de fato realiza os atos abortivos.

Assim, o artigo 124 elenca duas possíveis condutas por meio das quais a gestante pode interromper sua gravidez. A primeira caracteriza-se como o autoaborto, havendo uma ação comissiva, cujos atos de execução devem ser realizados pela própria gestante. Na segunda conduta, a gestante não pratica os atos que provocam o aborto, mas consente e coopera com o terceiro para que eles sejam praticados. Portanto, nas duas modalidades, trata-se de crime de mão própria, isto significa que somente a gestante pode realizá-los. Concluindo, nas duas hipóteses a gestante responde na forma do artigo 124, e o terceiro quando se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante de forma que esta provoque o autoaborto, deverá responder como partícipe, no entanto, se este que realizou os atos propriamente ditos, responde na forma do artigo 126. (BITENCOURT, 2019).

Destaca-se que o consentimento da gestante é elemento essencial do tipo, devendo ser válido. Não há necessidade de que seja verbal ou expresso, mas sua conduta não deve ser meramente subjetiva. Nesse sentido, Damásio de Jesus (2020, p.149):

O consentimento pode não ser verbal ou expresso, resultando da própria conduta da gestante. É necessário que persista durante toda a conduta do terceiro, conhecendo a gestante o fato em suas bases integrantes (fato material). Anterior à ação, deve continuar durante o fato da provocação. Se, não obstante o assentimento prévio, a gestante desiste de prosseguir antes de tornar-se eficaz a provocação, o terceiro não comete o crime de aborto consensual, mas sim o fato descrito no art. 125 do CP. Embora o consenso constitua elemento subjetivo do tipo, a conduta da gestante não é meramente subjetiva. Seu comportamento não é simples omissão ou conivência. Ela coopera com o terceiro nas manobras abortivas. Não permanece inerte, mas colabora pelo menos com movimentos corpóreos (p. ex.: colocando-se em posição obstétrica). Não se omite, age. É necessário, porém, que sua conduta não se insira no processo causal da provocação, isto é, que não pratique fato de provocação do aborto. Se, por exemplo, a par do meio empregado pelo terceiro, a gestante pratica exercícios exagerados para facilitar o processo da interrupção da gravidez e morte do produto da concepção, ocorrendo o resultado, responde por autoaborto, pois neste caso provocou o resultado.

A terceira modalidade de aborto mencionada na legislação penal brasileira diz respeito a forma não consentida, prevista no art. 125, CP, cujo dissentimento da gestante poderá ser real ou presumido. Real quando o terceiro emprega violência, fraude ou grave ameaça. Presumido quando a gestante for menor de catorze anos, possuir alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Nesta hipótese, há dois bens jurídicos

protegidos pela norma penal: a vida do nascituro e a integridade pessoal da gestante, recebendo dessa forma uma punição mais grave.

No artigo 127, do CP, encontra-se a previsão da forma qualificada deste delito, o qual majora a pena em um terço caso em consequência do aborto ou dos meios empregados, resultar em lesão corporal de natureza grave à gestante. E, duplica a pena se lhe sobrevier a morte. Trata-se da previsão da forma preterdolosa desse crime, ou seja, pune-se a título de dolo o primeiro delito, no caso o aborto, e o resultado, que pode ser lesão corporal de natureza grave ou morte, a título de culpa. Todavia, para que se configure a forma qualificada o resultado (lesão corporal grave ou morte) não pode ser desejado pelo agente. Assim, caso o agente tenha a intenção de atingir o resultado responde em concurso formal pelos dois crimes – aborto e lesão corporal ou aborto e homicídio. As formas qualificadas não se aplicam ao aborto provocado pela gestante, tendo em vista que a legislação brasileira não pune a autolesão (BITENCOURT, 2020).

O legislador penal contemplou ainda, nos incisos do art. 128, do Código Penal, o aborto necessário (terapêutico) e o aborto sentimental (humanitário). Tratam-se de duas causas de exclusão de antijuridicidade tipificadas no nosso ordenamento, é uma maneira diferente de excluir a ilicitude de determinado delito sem dizer que “não há crime”, como faz no artigo 23, CP. Nesse seguimento, Damásio de Jesus (2019, p.151) elucida:

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos do art. 128 contêm causas de exclusão da antijuridicidade. Note-se que o CP diz que “não se pune o aborto”. Fato impunível em matéria penal é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há crime por exclusão da ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse “não se pune o médico”.

O aborto necessário ou terapêutico consiste em verdadeiro estado de necessidade, legitimando-se quando o médico não dispuser de outro meio eficaz para salvar a vida da gestante. Exige para sua configuração dois requisitos concomitantes: perigo de vida da gestante e a inexistência de outro meio para salvá-la. Por consequência, o perigo à saúde da gestante, mesmo que grave, não é abarcado por esta hipótese e caso o médico o faça responderá pelo crime. Cumpre destacar que no aborto necessário é dispensável o consentimento da gestante, representante legal (caso seja incapaz) ou de seus familiares, basta que o médico verifique que não há outro meio para salvar a vida da gestante. Assim, explica Tessaro (2006, p. 51):

Esta indicação possui seu fundamento no estado de necessidade, excludente da ilicitude da conduta prevista na Parte Geral do Código Penal. Isso porque a conduta do médico visa afastar perigo atual – a morte – e se trata de um bem jurídico alheio

(vida da gestante), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe).

Com a leitura dos artigos acima citados e dos artigos 121, caput, e 123, CP, constata-se que, quando em conflito os bens jurídicos vida intrauterina e vida da extrauterina, o legislador confere maior proteção ao último, em termos de valoração da pena, punindo de maneira mais severa os crimes de homicídio e infanticídio, possibilitando ainda a realização do aborto pelo médico como meio de salvar a vida da genitora. Depreende-se, portanto, que trata-se de bens jurídicos distintos, regulados de maneira distinta.

Assim, conforme exposto é possível a realização do aborto necessário mesmo contra a vontade da gestante. Estando esse tipo de intervenção médica-cirúrgica amparada pelos artigos 128, I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, §3º (intervenção médica ou cirúrgica justificada por iminente perigo de vida), todos do Código Penal. Além disso, o médico ao tomar as devidas cautelas, estará agindo no estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, primeira parte), visto que, na condição de garantidor, não pode deixar que a gestante perca sua vida (BITENCOURT, 2020).

Cumprir destacar que caso o aborto necessário realizado para salvar a vida da gestante seja praticado por outra pessoa que não o médico, esta não se configurará a excludente prevista no artigo 128. Porém, a conduta não será considerada ilícita ou antijurídica, porquanto está amparada pelo estado de necessidade, causa de justificação prevista nos artigos 23, I, e 24, do CP.

A segunda e última indicação prevista na legislação brasileira é o aborto sentimental, também denominado de aborto humanitário ou ético. Possibilitando que a mulher vítima de estupro o qual resultou em gravidez possa permitir a realização do aborto por um médico, se assim optar. Nesse caso, é indispensável o consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal.

Logo, ao analisar os bens jurídicos em conflito – direito a vida do nascituro e o direito à vida e a integridade física e psíquica da mulher – o legislador julgou desproporcional impor à mulher levar adiante a gestação de um feto resultado de uma violência sexual da qual foi vítima e que lhe recordaria perpetuamente o episódio terrível que sofreu. Tratando-se, portanto, de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, devendo a culpabilidade do agente ser afastada.

A legislação penal não estabeleceu qualquer limite temporal para a realização do aborto eletivo. Todavia, de acordo com a Norma Técnica Atenção Humanizada ao Abortamento (2011, p. 29), o abortamento é a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana e com produto da concepção pesando menos que 500g. Este critério vem sendo observado pelas instituições autorizadas para realização do procedimento, contudo, por não haver determinação penal nesse sentido, há autorização para que a intervenção possa ser realizada também após esse período.

Importante destacar que, no caso do aborto eletivo, o Código Penal não fez qualquer exigência de documento comprobatório do abuso sexual para que a vítima possa realizar o aborto. Nesse sentido, a Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes do Ministério da saúde (2012, p.69), informa:

O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesse caso, a não ser o consentimento da mulher. Assim, a mulher que sofre violência sexual não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento. O Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência, deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como presunção de veracidade. O objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde, portanto não cabe ao profissional de saúde duvidar da palavra da vítima, o que agravaria ainda mais as consequências da violência sofrida. Seus procedimentos não devem ser confundidos com os procedimentos reservados a Polícia ou Justiça.

Portanto, o acolhimento que os profissionais de saúde devem oferecer à gestante que deseja realizar o aborto sentimental não pode se confundir com os procedimentos adotados pela polícia na investigação criminal; pelo contrário, deve-se dar credibilidade à vítima, que já está fragilizada pela situação em que se encontra. Assim, não é exigida a apresentação de Boletim de Ocorrência ou qualquer autorização judicial para que a mulher possa realizar o aborto. Porquanto, é incontestável que a investigação criminal e posterior persecução penal, ocasionalmente, geram ainda mais prejuízos às vítimas de crime sexual.

Ademais, caso após a realização do aborto, for descoberta a falsidade da notícia, que não houve qualquer crime sexual, os profissionais da saúde que realizaram o procedimento não poderão sofrer qualquer sanção penal, uma vez que restaria configurado o erro de tipo (artigo 20, § 1º, do CP). Logo, somente a gestante responderia pelo aborto ilegal.

É necessário, ainda, citar uma terceira hipótese de aborto permitido, todavia, esta não se encontra no Código Penal, mas é consequência do julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal, referente a possibilidade do aborto anencefálico.

A anencefalia consiste em uma patologia congênita caracterizada pela má formação do encéfalo e/ou da caixa craniana do feto, de modo que tal disfunção causa a morte da criança logo após o seu nascimento ou, em casos raros, após algumas horas ou dias de vida. Tal anomalia impede que o feto se relacione com o mundo exterior, pois compromete funções vitais, como a consciência. O seu diagnóstico é realizado normalmente durante o período pré-natal, através de ultrassonografia. As principais causas são a carga genética, o meio ambiente e, a mais comum, a deficiência de ácido fólico durante a gravidez. De acordo com dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil é o quarto país no mundo com maior incidência de anencefalia, com cerca de três mil casos por ano.

Diante deste cenário, em 2004, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº54 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, e pelo então advogado Luís Roberto Barroso, com o objetivo de permitir à mulher a interrupção da gestação de um feto natimorto. O relator Ministro Marco Aurélio, em julho do mesmo ano, concedeu uma liminar, autorizando o abortamento nesta hipótese.

Meses após esta decisão liminar, o plenário manifestou-se pela cassação da medida. A ação foi julgada no dia 12 de abril de 2012, ou seja, oito anos depois da sua propositura, prevalecendo o entendimento do tribunal pela inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação de feto anencéfalo configuraria a conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do CP.

Entre os argumentos utilizados está a proteção à integridade física e psíquica da mulher, tomando-se em conta a dor de levar a termo a gestação nestes casos; a impossibilidade do Código Penal datado da década de 1940 de prever e identificar um feto anencéfalo, tratando esta problemática como questão de saúde pública; a inviabilidade de vida extrauterina do feto portador desta anomalia, entre outros.

Em conclusão, o Brasil adota uma legislação bastante restritiva, proibindo o abortamento de forma geral, sendo possível realizar o procedimento sem punição penal em apenas três situações: o aborto necessário (em caso de risco de vida da gestante), o aborto sentimental (em caso de gravidez resultante de crime sexual) e o aborto de feto anencéfalo (hipótese legitimada por decisão da Suprema Corte).

2. PEDIDOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO STF

O debate relacionado à descriminalização do aborto, até os anos 80, o enquadrava como uma questão de autonomia da mulher e direito ao próprio corpo. Após delimitação pelos grupos feministas do aborto como problema de saúde pública, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário passaram a considerar o debate sobre o tema. Durante a década de 90, das 23 propostas legislativas sobre o aborto, a maioria objetivava sua ampliação ou sua absoluta descriminalização. Tal posicionamento pode ser atrelado ao fato de que no mesmo período foi realizada a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo (1994), na qual se reconheceu o aborto como um problema grave de saúde pública, e a Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim (1995), que além de consolidar o conceito de direitos reprodutivos recomendou que os Estados que possuíssem leis restritivas de aborto revisassem sua legislação. Contudo, o fortalecimento dos discursos religiosos terminou por obstar o debate sobre o tema no Congresso Nacional, transformando-o em pauta de campanhas e debates com o intuito de aproximar o eleitorado conservador e religioso (NUNES, 2020; ONU 1994, 1995).

As discussões acadêmicas com relação à efetividade de estratégias dos movimentos sociais baseadas no direito e no Poder Judiciário como meio de viabilizar mudanças na sociedade, estimulou grupos sociais a recorrerem à Constituição e aos direitos humanos para alcançar suas demandas. Conseqüentemente, os tribunais passaram a ser considerados como uma das vias pelas quais é possível a obtenção e concretização de direitos (FANTI, 2016).

Nesse contexto, o Poder Judiciário passou a representar para o movimento feminista um recurso fundamental na busca pelo reconhecimento e efetivação de políticas públicas relacionadas ao aborto, uma vez que os Poderes Executivo e Legislativo demonstravam-se imobilizados por grupos conservadores (FANTI, 2016).

Assim, busca-se através de ações apresentadas ao Supremo Tribunal Federal a defesa dos direitos das mulheres, contestando normas e atos impostos pelo Estado contrários a Constituição que violem ou impossibilitem a plena concretização de direitos fundamentais das mesmas, além de questionar possíveis omissões ou atuações estatais indevidas.

2.1 PETIÇÃO INICIAL ADPF 54/DF

Em julho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, com suporte técnico da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, ofereceu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal para que fosse reconhecido o direito à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de efetuar a antecipação terapêutica do parto sem a necessidade de prévia autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado, sob o argumento de que tal patologia torna absolutamente inviável a vida extrauterina.

De acordo com a petição inicial a proibição da antecipação do parto nessa hipótese violaria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e o direito à saúde. A referida petição dividiu-se em dois blocos de argumentos principais: inviabilidade do feto e violação dos direitos fundamentais das mulheres.

Argumentou-se que a anencefalia é uma “má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico”. Não havendo controvérsias científicas e médicas de que tal anomalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em todos os casos.

Apesar de existirem relatos de fetos anencefálicos que nasceram com vida, a previsão nesses casos é de sobrevida por no máximo algumas horas após o parto. Não existe qualquer tratamento ou forma de reversão do quadro, tornando a morte inevitável e certa. A anomalia é normalmente identificada através do exame de ecografia, sendo o procedimento realizado, a partir do segundo trimestre de gestação, “através de uma sonda externa que permite o estudo morfológico preciso, incluindo-se a visualização, e.g., da caixa craniana do feto”. A possibilidade de falha da técnica é praticamente nula, o que gera confiança médica nos resultados.

Ao ser diagnosticada a anencefalia, não há nada que se possa fazer pelo feto inviável. Contudo, o mesmo não ocorre com relação ao estado de saúde da gestante. A permanência do feto no útero da mulher pode gerar danos à saúde da mesma e até risco de vida, em razão do alto índice de óbitos intrauterinos desses fetos. Logo, a antecipação do parto nessa circunstância em indicação médica “possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução”.

Consequentemente, a hipótese em análise não poderia ser caracterizada como aborto, uma vez que tal discussão acerca da interrupção voluntária da gravidez envolveria a ponderação entre o direito a potencial vida do nascituro e o direito a liberdade e autonomia individuais da mulher. No caso de feto anencefálico não existe esse debate, pois “há certeza científica de que o feto não tem potencialidade de vida extrauterina”. Nesse seguimento, expõe:

Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto. (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54. Petição inicial. Relator Min. Marco Aurélio, Julgado em 12/04/2012, Publicação: DJe 30/04/2013)

Devendo, portanto, a atenção voltar-se ao estado da mulher, reconhecendo seus direitos fundamentais.

O princípio da dignidade humana assegura a todas as pessoas sua integridade moral somente por sua existência no mundo. Relacionando-se, ainda, tanto “com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência”. Sendo tais direitos reconhecidos a todos os seres humanos e ratificados pelo texto constitucional, de modo que podem ser invocados diante da coletividade e do Estado.

A imposição à mulher de carregar durante nove meses um feto que sabe que não sobreviverá, causando dor, aflição e frustração, resulta na violação de sua dignidade humana. Os possíveis danos a sua integridade física, moral e psicológica são incontestáveis. Sendo tal sofrimento passível de analogia à tortura. Nesse sentido, alegou-se:

A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescenta-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada). (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54. Petição inicial. Relator Min. Marco Aurélio, Julgado em 12/04/2012, Publicação: DJe 30/04/2013)

O princípio da legalidade consolidado no art. 5º, III da Constituição, expressa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal cláusula constitucional representa genericamente, em relação aos particulares, o direito de liberdade, ou seja, se não há lei que proíba determinados atos ou se não os impõe, as pessoas tem a faculdade de realizá-lo ou não. Nessa direção, argumentou-se que, a antecipação do

parto nos casos de anencefalia não é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não se justificando tal restrição à liberdade e à autonomia da vontade da mulher, mesmo que levado em consideração a ponderação de valores, visto que não há bens jurídicos em conflitos.

O direito à saúde, expressamente assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 6º, *caput*, e nos artigos 196 a 200, reflete a elevação deste direito, em termos globais, à categoria de direito humano fundamental. Saúde, segundo a Organização Mundial da Saúde, “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a mera ausência de doença ou enfermidade”. Impedir que uma mulher realize a antecipação de parto, na hipótese de feto anencefálico, considerando ser “o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante”, significa restringir seu direito à saúde.

Protocolada a ADPF 54, foi deferido o pedido liminar pelo ministro relator Marco Aurélio, sendo cassado posteriormente pelo plenário. Considerando os impasses, sugeriu-se a realização de audiência pública, que só ocorreu quatro anos depois. Assim, em 2012, por maioria de votos o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

O ministro relator fundamentou seu voto na laicidade do Estado, inviabilidade da vida extrauterina do feto anencéfalo e nos direitos à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade das mulheres. Reconheceu, ainda, que a vida não é um direito absoluto e que não há hierarquia entre ela e os demais direitos assegurados pela Constituição.

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão. (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, Relator Min. Marco Aurélio, Julgado em 12/04/2012, Publicação: DJe 30/04/2013) (grifo nosso)

Nesse sentido, declarou ainda que “se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo”. Devendo ser respeitadas a privacidade e a autonomia das mulheres de decidir, de acordo com suas próprias convicções, em casos de inviabilidade de vida extrauterina, se pretendem prosseguir ou interromper a gravidez. Sendo desproporcional obrigar uma mulher

a levar adiante uma gravidez cujo resultado é a inevitável morte do feto. O Exmo. Ministro relator manifestou-se, então, pela descriminalização da interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos:

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de **cárcere privado em seu próprio corpo**, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. (...)

Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal. (...)

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, Relator Min. Marco Aurélio, Julgado em 12/04/2012, Publicação: DJe 30/04/2013) (grifo nosso)

O julgamento positivo da ADPF 54 representou um marco histórico nas decisões do STF, sendo frequentemente utilizado como fundamento jurisprudencial nas ações relacionadas ao aborto. Primeiramente, por reconhecer que não existe no ordenamento jurídico brasileiro nenhum direito absoluto e que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, devendo o sopesamento entre eles ser realizado em cada caso concreto. Segundo, por reconhecer os direitos à autonomia e liberdade das mulheres, seu reconhecimento como indivíduo e não meras “incubadoras” a serviço da sociedade.

Embora tal decisão não tenha descriminalizado nenhuma das hipóteses de aborto listadas no Código Penal, reconhece a atipicidade do crime nos casos de gestação de feto anencéfalo, pois não há vida em potencial, logo não goza da proteção jurídico-penal. Portanto, pode-se considerar tratar de uma conquista na busca pela adequação da legislação à contemporaneidade, tendo em vista que, obrigar a mulher a levar até o final uma gestação em que se está ciente de que o feto não sobreviverá após o parto fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde das mulheres.

2.2 PETIÇÃO INICIAL DA ADI 5581/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5581 foi protocolada perante o STF em 2016, durante a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional relacionada ao vírus zika, pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADep), com suporte técnico da Anis – Instituto de Bioética, tendo por objeto atos normativos e administrativos do Poder Público referentes aos serviços públicos oferecidos pelo Estado para prevenção e combate ao vírus zika.

A principal norma questionada na ação é a Lei Federal nº 13.301/2016, referente à adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e zika. Sobretudo seus artigos 1º e 18, os quais foram considerados insuficientes para o enfrentamento do contexto do vírus zika, além de definir que “a criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas transmitidas pelo *Aedes aegypti*” tem direito a receber o Benefício de Prestação Continuada (BPC) – benefício que garante 1 salário mínimo a pessoas com deficiência e idosos que não possuem meios para garantir sua subsistência – pelo prazo máximo de três anos.

Alega-se que tais dispositivos violariam o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), livre desenvolvimento da personalidade, direitos à liberdade e às integridades físicas e psicológica (art. 5º, *caput*, da CF) direito à informação (art. 5º, XIV, da CF), proteção à infância e à maternidade (art. 6º, da CF), direito à saúde e da prevenção de doenças (arts. 6º, 196 e 198, II, da CF), direito à seguridade social (art. 203, da CF), direito ao planejamento familiar e de liberdade reprodutiva (art. 226, §7º, da CF) e direito à proteção das pessoas com deficiência (art. 227, *caput*, §1º, II, da CF)

Diante disso, argumentou-se serem inadequadas e insuficientes as iniciativas governamentais que “tão somente criaram protocolos sobre políticas públicas e instituições já existentes”, ausentes políticas sociais especializadas, principalmente as de caráter urgente, para proteger e garantir direitos das famílias vitimadas pela epidemia do zika.

O artigo 18 da Lei nº 13.301/2006 restringe o recebimento do BPC por somente três anos, abrangendo somente crianças com microcefalia e não aquelas com outras desordens neurológicas causadas pelo zika, além de impedir que o benefício seja recebido simultaneamente com o salário-maternidade. Nesse sentido, a requerente aduziu:

As malformações e complicações neurológicas fetais associadas ao vírus podem dar origem a impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais permanentes nos recém-nascidos, fazendo-se necessária a atenção especial em saúde desde o nascimento e o acesso a mecanismos de inclusão e participação social.

(...) Importante ressaltar que além de a microcefalia ser apenas um dos sinais da síndrome congênita, ocorrendo outras desordens neurológicas, a transmissão do vírus não ocorre somente pelo mosquito vetor, sendo mais adequado e inclusivo reconhecer o direito de todas as crianças com sequelas neurológicas provocadas pelo zika serem beneficiadas pelo Benefício de Prestação Continuada e demais programas compatíveis pela política de assistência social. Também, a interpretação conforme a Constituição do art. 18, caput, da Lei nº. 13.301/2016 determina a concessão do benefício às pessoas com sequelas da síndrome congênita do vírus zika independente da comprovação da miserabilidade ou, no mínimo, fixando presunção de miserabilidade do grupo familiar. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581- Distrito Federal. Associação Nacional de Defensores Públicos. Petição Inicial. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 2016.)

A ação postulou, em resumo, que o STF reconhecesse o afastamento do limite de 3 anos para pagamento BPC; que sua concessão alcançasse as vítimas de microcefalia e de outras desordens neurológicas causadas pela síndrome congênita do zika; afastamento do óbice para o pagamento cumulado do mesmo benefício com o salário-maternidade e o afastamento das exigências que a Lei nº 8.724/93 estabelece para concessão do benefício, como comprovação de situação de vulnerabilidade e a obrigatoriedade de realização de perícia pelo INSS (NUNES; BUZZI, 2019).

A não restrição temporária do benefício é justificada pelo fato de que “as crianças afetadas pela síndrome sofrerão impactos e consequências por toda a vida”, levando em consideração ainda que a microcefalia e outras desordens causadas pela síndrome necessitam de tratamentos e os custos exacerbados com saúde afetam diretamente a renda dessas famílias. Nesse seguimento, baseado no informe epidemiológico nº38 (2016) do Ministério da Saúde, expõe que:

A população sob maior risco nesta epidemia é de mulheres pobres e nordestinas, tendo em vista que, entre os recém-nascidos com sinais indicativos da síndrome congênita do zika, mais de 60% são filhos de mulheres de Pernambuco, da Bahia, da Paraíba, do Maranhão e do Ceará. Elas vivem em áreas com condições de saneamento precárias e com acesso irregular à água potável, que contribuem para a proliferação de doenças transmitidas por mosquitos, possuindo escasso acesso à informação e aos serviços de saúde.

(...) São mulheres que não têm meios econômicos para cuidar de crianças potencialmente afetadas pela nova doença e, que, muitas vezes abandonadas pelos companheiros, têm que enfrentar sozinhas e sem políticas sociais adequadas e efetivas as necessidades de cuidado de crianças afetadas pelo vírus zika. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581- Distrito Federal. Associação Nacional de Defensores Públicos. Petição Inicial. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 2016.)

Os pedidos não se limitaram ao âmbito do BPC, sendo requerida também a garantia do acesso à saúde especializada para as crianças, a promoção de políticas e campanhas

educativas eficazes de informação sobre prevenção e riscos do vírus, a revisão dos protocolos de saúde já existentes com adoção de políticas públicas emergenciais recomendadas por organismos nacionais e internacionais e a garantia do acesso à informação em saúde sexual e reprodutiva e a métodos contraceptivos reversíveis de longa duração para mulheres e meninas (NUNES; BUZZI, 2019).

Embora o rol de pedidos fosse extenso, conforme demonstrado, a principal controvérsia se instaurou na pretensão de que as mulheres e meninas infectadas pelo vírus zika pudessem interromper legalmente a gravidez se assim desejasse (NUNES, 2020).

Sustentou-se a tese de que o legislador penal assegurou a proteção aos direitos das mulheres à integridade física e psicológica nos casos em a gestação colocasse a vida da mulher em risco (art. 128, I, CP) e de gravidez em virtude de estupro (art. 128, II, CP). Nessa direção, a possibilidade de interrupção da gravidez no contexto de contaminação por vírus zika, estaria amparada na jurisprudência (ADPF 54) e na interpretação conforme a Constituição dos artigos 23, inciso I, 24 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

As incertezas provocadas pela epidemia submetem mulheres grávidas a um sofrimento psicológico intenso, sendo tal sofrimento causado pela omissão do Estado, no tocante a erradicação do vírus e pela falta de comprometimento com políticas públicas hábeis a reduzir os impactos causados pela epidemia.

Muitas mulheres vivem a gestação com medo: mesmo que sigam todas as recomendações oficiais para uso de roupas de mangas compridas (no agreste nordestino), fechem janelas e portas (ainda que em pleno verão), e usem repelentes diariamente (apesar de não serem distribuídos pela rede pública de saúde), não há garantias quanto à saúde dos fetos e delas próprias. São nove meses de desamparo e, se o futuro filho nascer com desordens neurológicas provocadas pela síndrome congênita do zika, tem início um longo percurso de necessidades singulares de saúde e acessibilidade que não são garantidas como direitos (...) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581- Distrito Federal. Associação Nacional de Defensores Públicos. Petição Inicial. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 2016.)

Desse modo, argumenta-se que a situação de mulher grávida com diagnóstico de infecção por vírus zika deve ser enquadrado como estado de necessidade específico (art. 128, I, do CP) ou ainda como estado de necessidade justificante geral (arts. 23, I, e 24 do CP. Uma vez que, a criminalização da interrupção voluntária da gravidez de mulheres infectadas pelo vírus zika, que assim o desejem para proteção de sua saúde evidencia verdadeira ofensa aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade (autodeterminação pessoal e autonomia reprodutiva) e da proteção às integridades física e psicológica, da saúde e

dos direitos reprodutivos da mulher. Assim, levando em consideração a especificidade da epidemia do vírus zika, é evidente que as incertezas causadas e a não assistência estatal colocam as mulheres grávidas infectadas em um estado de enorme angústia e sofrimento psicológico, sendo razoável “considerar que a epidemia do vírus zika provoca um estado de necessidade à mulher grávida infectada pelo referido vírus, tornando a interrupção da gravidez um direito da mulher para proteção da sua saúde mental” (STF, 2016).

Isto posto, levou-se em consideração também que caso se entendesse haver colisão entre princípios constitucionais, colocando-se, de um lado, o direito à vida do feto e, de outro, os direitos das mulheres constitucionalmente assegurados, seria necessário reconhecer novamente que: o direito à vida não é absoluto e que inexistente no ordenamento jurídico hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos fundamentais, conforme entendimento sedimentado na ADPF 54.

Destarte, a requerente argumentou ainda que “os direitos reconhecidos constitucionalmente à mulher estão no mesmo status do direito à vida do embrião ou do feto” e entre eles encontram-se o seu direito à vida digna, do qual depreende-se a possibilidade de escolher prosseguir ou não com uma gravidez que lhe causa intenso sofrimento. E o direito à liberdade (art. 5º, *caput*, CF), abarcando tanto a liberdade à autodeterminação sexual quanto à autonomia reprodutiva, levando-se em conta que os direitos reprodutivos estão intrinsecamente ligados ao direito fundamental à liberdade e ao princípio da autodeterminação pessoal da mulher.

Em maio de 2020, a ação foi julgada improcedente pelo STF, após o indeferimento do pedido de aditamento à inicial feito pela ANADEP para que a Lei nº 13.985/2020 fosse incluída como objeto de questionamento da ação, tendo em vista que a mesma revogou a Lei nº 13.301/2016, e instituiu uma pensão especial para crianças com a síndrome congênita do zika. A nova lei, além de não afastar as inconstitucionalidades impugnadas na ação no tocante à proteção social, não dispôs sobre meios ou alternativas para solucionar os problemas estruturais que foram potencializados com a epidemia de zika no Brasil. (NUNES; ROSÁRIO, 2020).

O julgamento da ADI foi realizado de forma virtual, sem a participação da sociedade civil, visto que nenhum dos dezoito pedidos de *amicus curiae* foi aceito, e sem a devida discussão e análise dos argumentos por parte dos membros da corte. Assim, por unanimidade,

foi reconhecida a prejudicialidade da ADI 5581 (NUNES; ROSÁRIO, 2020). A Ministra Relatora Cármen Lúcia, em seu voto, considerou que nas ações de controle abstrato nas quais se impugnam normas que deixaram de subsistir no ordenamento jurídico se impõe a perda do objeto. Além disso, não reconheceu a arguição de descumprimento de preceito fundamental sob argumento de ausência de legitimidade da autora. Nesse sentido, expôs:

Não se devem confundir as atribuições da Defensoria Pública, cuja missão foi conferida pela Constituição da República, com os finalidades da associação representativa dos defensores públicos, responsável pela defesa das prerrogativas dos seus membros e pelo resguardo dos objetivos da instituição. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5581, Relatora Min. Cármen Lúcia, Julgado em 04/05/2020, Publicação: DJe 04/11/2020)

O Ministro Luís Roberto Barroso embora tenha acompanhado o voto da relatora, fez ressalvas quanto à legitimidade ativa da ANADEP para ajuizamento da ADPF, considerando que a Associação tem o direito de impugnar atos e normas estatais que atingem “os interesses de pessoas hipossuficientes, que sentem, de forma mais acentuada, os impactos tanto da epidemia do Zika vírus quanto da criminalização da interrupção da gestação” uma vez que os interessados, embora não façam parte da associação, são “o objeto de sua atuação profissional”. Além disso, ressaltou a importância de se discutir “o tratamento constitucional e legal a ser dado à interrupção de gestação, aos direitos fundamentais da mulher e à proteção jurídica do feto”.

Evidencia-se que o Estado continua a promover os mesmos obstáculos que impedem a população mais carente de efetivamente usufruir de seus direitos fundamentais, editando normas e mais normas que somente inflam o ordenamento jurídico, mas são insuficientes para reparar e auxiliar aqueles que necessitam, no caso específico as vítimas do vírus zika. Com relação ao tratamento constitucional relacionado à interrupção voluntária da gravidez, embora fundamental, a discussão mais uma vez foi adiada sem qualquer consideração a respeito do tema. Havendo unicamente manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso, que cumpre mencionar também foi um dos advogados responsáveis pela ADPF 54.

Em conclusão, ao se comparar as duas petições é perceptível que ambas elencam os direitos das mulheres como preceitos constitucionais violados pela criminalização do aborto. Contudo, enquanto na ADPF 54 a argumentação gira em torno da ausência de vida do feto anencefálico e que, portanto, em tal situação há atipicidade do ato. A ADI 5581, por outro lado, fundamenta seu pedido sob alegação de estado de necessidade, visto que estas mulheres grávidas foram afetadas pela propagação de um vírus que acarreta inúmeros prejuízos tanto

para suas saúdes, quanto a do feto, não sendo razoável exigir que essas mulheres mantenham uma gravidez que lhes cause intenso sofrimento. Alegou-se, ainda, a omissão do Estado, pois a este incumbia a erradicação do vírus e o empenho na fomentação de políticas públicas eficazes para reduzir os impactos causados pela epidemia.

Além disso, nos dois casos não se questiona a validade ou constitucionalidade da norma penal que tipifica o aborto como crime, se propõe na realidade ampliar o rol de casos específicos em que a prática deveria ser legitimada, considerando que em tais situações as mulheres foram atingidas fortuitamente, por questões relacionadas a saúde, não sendo possível lhes exigir conduta diversa.

2.3 PETIÇÃO INICIAL DA ADPF 442/DF

O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL protocolou, em março de 2017, no Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 442 questionando a legitimidade da criminalização do aborto induzido e voluntário diante os preceitos constitucionais elencados na Carta Magna de 1988.

Diferentemente da ADPF nº 54 e ADI nº 5581, a ADPF nº 442 pleiteia a descriminalização do aborto, em qualquer hipótese, até a 12ª semana de gestação. A tese defendida na exordial é de que “as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam”, pois as mesmas violam os direitos fundamentais assegurados às mulheres na Constituição Federal de 1988.

Entre os diversos preceitos fundamentais citados ao longo da petição estão: “a dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1º , incisos II e III; art. 3º , inciso IV; art. 5º , caput e incisos I, III; art. 6º , caput; art. 196; art. 226, § 7º)”.

Foram expostos dados referentes à questão do aborto em diferentes países, além da demonstração de legitimidade das supremas cortes na revisão constitucional da legislação criminal referente ao tema. Especificamente no Brasil, foram citadas a ADPF 54 e ADI 3510 como principais precedentes na análise de constitucionalidade dos efeitos da criminalização do aborto pelo Código Penal.

O *Habeas Corpus* 124.306, também foi citado como importante precedente, uma vez que o caso se referia à prisão preventiva de funcionários de uma clínica clandestina de aborto situada no Rio de Janeiro. O Ministro Luís Roberto Barroso, autorizou a concessão de liberdade dos pacientes, considerando ausentes os requisitos que possibilitam a prisão cautelar e elencou, ainda, como fundamentando que a criminalização do aborto voluntário nos três primeiros meses de gestação é inconstitucional, tratando-se de medida legal desproporcional que viola direitos fundamentais das mulheres, além de ser ineficaz na proteção do bem jurídico vida, pois não evita a ocorrência de abortos (NUNES, 2020).

A ADPF 442 foi apresentada levando-se em consideração a demonstração do STF, nas decisões citadas, comprometimento com a ciência e garantia dos direitos das mulheres. Conseqüentemente, o julgamento desta ação gera expectativas de que a suprema corte solucione o conflito de maneira coerente com base nas evidências expostas (NUNES, 2020). Nessa direção, as advogadas, aduziram:

Apresente ADPF deve, portanto, ser entendida como resultado de um processo cumulativo, consistente e coerente desta Suprema Corte no enfrentamento da questão do aborto como uma matéria de direitos fundamentais: na ADI 3.510, a Corte superou a pergunta sobre o início da vida como condição de possibilidade para a constitucionalidade da pesquisa com embriões e fundamentou a interpretação de que não há como se imputar aos embriões o estatuto de pessoa ou mesmo o caráter absoluto do direito à vida; na ADPF 54, a Corte alinhou-se a tendências de cortes internacionais no enfrentamento da questão do aborto por causais, além de reafirmar a interpretação de que não há direito absoluto em nosso ordenamento constitucional. No HC 124.306, a maioria da Primeira Turma do STF interpretou a questão do aborto como decisão reprodutiva moralmente razoável das mulheres, cuja criminalização viola seus direitos fundamentais. É, portanto, na compreensão do direito como integridade, nos sentidos horizontal e vertical propostos por Dworkin, que esta ADPF demonstra a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no Brasil. (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Petição inicial. Relatora: Ministra Rosa Weber. 2017)

A criminalização do aborto é comumente justificada para proteger a vida do embrião ou do feto, tendo em vista que a vida é um direito previsto no ordenamento constitucional. Nesse sentido, Nunes (2020, p.75) expõe:

A partir da análise das 48 petições apresentadas na ADPF 442, verificou-se os mesmos focos argumentativos que estiveram presentes no Legislativo, desde a década de 90, e no Judiciário, na ADPF 54, em que grupos contrários à descriminalização do aborto insistem na defesa do direito à vida desde a concepção e grupos favoráveis, por sua vez, buscam chamar a atenção para os impactos da criminalização na vida das mulheres, enquadrando o aborto como um problema de saúde pública.

Contrariamente a essa posição, **argumentou-se na inicial da ADPF 442 que não há conflito entre direitos fundamentais, pois seria impossível a imputação de tais direitos ao embrião ou feto.** Isso porque, conforme voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 54 há um

“estatuto diferenciado entre criaturas humanas intraútero e pessoas humanas”. Contudo, ao considerar as fundamentações divergentes, haveria a necessidade de ponderação entre “os direitos fundamentais das mulheres e o respeito ao valor intrínseco do humano no embrião ou feto” (STF, 2017).

Desse modo, a inicial da ADPF 442, buscou demonstrar através de dois métodos interpretativos a inconstitucionalidade da criminalização do aborto. Assim, primeiramente se analisou a natureza jurídica e dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana e sua vinculação a outros direitos fundamentais; em seguida, através do teste de proporcionalidade, método técnico-jurídico utilizado para enfrentar casos emblemáticos, pelo qual concluiu-se que:

(...) pelo teste da proporcionalidade, demonstra como a criminalização do aborto não se fundamenta em um objetivo constitucional legítimo e, além de não coibir a prática, não promove os meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto. Os dois métodos interpretativos demonstram como a criminalização do aborto resulta em graves infrações de direitos fundamentais vinculados à violação da dignidade da pessoa humana, à cidadania e à não discriminação das mulheres. (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Petição inicial. Relatora: Ministra Rosa Weber. 2017)

Demonstra-se ainda que a criminalização do aborto além de não impedir que os abortos sejam realizados, obriga as mulheres a se submeterem a práticas clandestinas, colocando suas vidas em risco. Prejudica, também, a assistência ao aborto, impossibilitando a prevenção de futuros abortos por meio de educação sexual, acesso a métodos contraceptivos e planejamento familiar.

O Ministro Luís Roberto Barroso ao analisar a ADI 5581 demonstrou mais uma vez seu inconformismo com o adiamento do debate relacionado à descriminalização do aborto pela suprema corte, uma vez que tal tema já foi enfrentado pelas principais cortes e tribunais constitucionais. Nas palavras do ministro, “o aborto é um fato indesejável, e o papel do Estado e da sociedade deve ser o de procurar evitar que ele ocorra, dando o suporte necessário às mulheres”. Reitera que a criminalização do aborto não tem elevado a proteção à vida do feto, pelo contrário, expõe que os países em que a prática foi descriminalizada atingiram os melhores resultados, pois proporcionou-se uma rede de apoio à mulher tornando o procedimento mais raro e mais seguro. Fundamentou, ainda, que:

Acesso aos serviços públicos de saúde, aconselhamento adequado, informações sobre métodos contraceptivos e algumas gotas de empatia produzirão melhor impacto sobre a realidade do que a ameaça de encarceramento. Atirar no sistema penitenciário mulheres que já vivem um quadro aflitivo, quando não desesperador, é não compreender a grandeza do sofrimento de quem se encontra em tal situação.

Ninguém faz aborto por prazer ou por perversidade. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5581, Voto Ministro Luís Roberto Barroso, Julgado em 04/05/2020, Publicação: DJe 04/11/2020)

A argumentação na inicial baseou-se na máxima da proporcionalidade, um método hermenêutico utilizado no controle de constitucionalidade para maximizar seus efeitos, e verificar se um ato do poder do Estado, para concretização de um direito fundamental, interfere em um outro direito fundamental. Assim, a referida máxima deve passar pelos seguintes estágios de raciocínio constitucional: adequação; necessidade e proporcionalidade estrita.

No tocante ao teste de adequação verifica-se primeiramente se existe um bem constitucionalmente suscetível de proteção pela criminalização do aborto, que seria no caso o embrião, ou feto no útero da mulher; em seguida se o meio utilizado, ou seja, a lei penal, seria apto para alcançar o objetivo. Desse modo, ao analisar a primeira etapa inferiu-se que “a criminalização do aborto seria considerada inconstitucional por falta de objetivo legítimo”; mas seguindo a aplicação do teste, avaliou-se ainda se a tipificação do aborto como crime seria uma estratégia legislativa eficaz para impedir sua prática. Demonstrou-se, então, através de dados da Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) - (2010 – 2016) – que a criminalização do aborto não impede sua realização, pelo contrário, favorece somente o mercado clandestino, impondo às mulheres a se submeterem ao procedimento de maneira insegura, colocando suas vidas e saúde em risco.

O segundo teste, da necessidade, exige que a lei seja necessária para atingir o objetivo constitucional legitimado, ou seja, que o resultado não possa ser igualmente alcançado por outro meio. Assim, ao se fazer uma análise comparativa, entre os países em que o aborto é legalizado e os países em que suas leis são restritivas, têm-se que as taxas de aborto são mais baixas nestes primeiros. Isso porque, a descriminalização do aborto juntamente com a ampliação nas políticas públicas de planejamento familiar e educação sexual são muito mais eficazes que o encarceramento das mulheres. Nessa direção, evidencia:

Há, pelo menos, duas explicações para o fenômeno de redução da taxa de aborto por densificação da atenção sanitária em saúde sexual e reprodutiva. Porém, são moralmente reversas ao que se poderia imaginar – que a descriminalização do aborto levaria à banalização do procedimento. A primeira razão é pela possibilidade de os serviços de saúde acolherem as mulheres na rota crítica do acesso ao aborto: quando o aborto é garantido como uma proteção às mulheres, isto é, como um procedimento regular de saúde reprodutiva, é possível que o sistema de saúde cuide das mulheres e compreenda as razões – que podem ser múltiplas, de ausência de educação sexual a violência doméstica – por que vivem gestações não planejadas, sem o risco de perseguição penal ou receio do estigma. Dados empíricos mostram que os países em que o aborto foi legalizado ou descriminalizado são também aqueles com taxas mais

altas de acesso a contraceptivos. A segunda razão é que países que garantem maior acesso a contraceptivos tendem a diminuir a taxa de aborto, enquanto a taxa de fertilidade é mantida constante. Não há dúvidas de que a descriminalização do aborto e a oferta ampla de proteção à saúde sexual e reprodutiva é medida capaz de reduzir a taxa de gravidez não planejada e, conseqüentemente, de abortos em um país. Dessa maneira, protege outras dimensões da vida das mulheres, como deixá-las livres de violência sexual. (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Petição inicial. Relatora: Ministra Rosa Weber. 2017)

Por fim, o teste da necessidade, deve ainda respeitar, tratando-se de teoria criminal, o princípio da *ultima ratio*, a qual a proteção penal deve ser a última opção do legislador. Conseqüentemente, a utilização da lei penal “é a mais gravosa intervenção estatal para proteção de bens jurídicos e não se justifica quando não se utilizam outras medidas menos violadoras dos direitos e garantias fundamentais em questão”. O Estado ao não oferecer políticas públicas de saúde sexual e reprodutiva adequadas impede que as mulheres tenham condições de evitar um aborto, e posteriormente as criminaliza pela mesma razão. Depreende-se, portanto, que tal criminalização não visa proteger o valor intrínseco do humano no embrião ou fetos, mas reduzir a autonomia das mulheres em suas escolhas reprodutivas.

O terceiro teste, da proporcionalidade estrita, avalia os efeitos da lei, isto é se os benefícios da lei legitimam seus efeitos. Nesse ponto, verifica-se o alcance dos efeitos da criminalização, dentre eles a recriminação nos serviços de saúde e dos profissionais responsáveis pela assistência ao aborto. Tal recriminação impede que as mulheres tenham acesso aos serviços de saúde para assistência pós-aborto, até mesmo nos casos em que o aborto é legal, ampliando a busca por procedimentos clandestinos e inseguros.

Diante o exposto, concluiu-se que a máxima da proporcionalidade é um método eficaz para verificar e garantir que o direito penal não seja utilizado para fins discriminatórios das mulheres. A criminalização do aborto não é meio razoável para enfrentar o problema, tampouco é eficiente para alcançar o objetivo pelo qual se justifica, logo é imprescindível o reconhecimento do direito constitucional das mulheres à interrupção voluntária da gravidez.

Comparando-se as três petições iniciais é possível identificar alguns pontos convergentes. Todas as ações invocam os direitos fundamentais das mulheres decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, em especial, os direitos à autonomia, à liberdade, à saúde e à igualdade. Coincidem também, as argumentações relacionadas ao princípio da proporcionalidade, ou seja, defendem que a criminalização do aborto não é meio apto para solucionar a questão, mesmo que em alguns casos específicos (ADPF 54 e ADI 5581), ou em qualquer situação (ADPF 442).

Importante frisar, também, que tanto a ADPF 442, quanto a ADI 5581 citaram a ADPF54 como precedente para embasar suas alegações. Assim, ambas utilizaram argumentos consolidados no voto do Ministro Marco Aurélio, relator na ADPF 54, como o fato de não existir no ordenamento jurídico nenhum direito absoluto e não haver hierarquia entre os direitos fundamentais consolidados na carta magna.

Com relação às divergências, temos que a ADPF 54 pleiteava a declaração de atipicidade do ato nos casos de aborto de feto anencéfalo. A ADI 5581 buscava a autorização de interrupção da gravidez nos casos em que a mulher estivesse infectada pelo vírus zika, ou seja, nessas duas ações não se questiona a tipificação do aborto como crime ou sua inconstitucionalidade, mas buscavam sua legitimação em casos específicos. A ADPF 442, por outro lado, pretende que o aborto seja descriminalizado em qualquer hipótese, conforme escolha pessoal da mulher, e não resultante de situações alheias a sua vontade.

CONCLUSÃO

A discussão sobre o aborto diante o Supremo Tribunal Federal tem recebido maior ênfase na última década. Isso porque, primeiramente a corte constitucional tem sido vista como meio eficaz na garantia e proteção de direitos ante as omissões legislativas. Além disso, a demonstração da corte em analisar os casos baseando-se em fatos e evidências científicas gerou expectativas de que o debate sobre o tema pudesse ser solucionado de maneira consistente e à luz dos princípios fundamentais legitimados pela Constituição Federal.

A atual legislação penal brasileira tipifica o aborto como crime, o permitindo somente em três situações: em caso de risco de vida para a mulher, gravidez resultante de estupro ou comprovação de feto anencefálico, cabendo frisar que esta última hipótese é resultado de uma decisão inédita do STF.

Os argumentos trazidos ao longo do trabalho demonstraram, através de dados e pesquisas, que a problemática do aborto envolve os direitos fundamentais das mulheres como sua autonomia e saúde. Além de demonstrar que as mortes decorrentes do procedimento poderiam ser evitadas caso este fosse realizado de maneira segura, por profissionais treinados, com instrumentos e ambiente adequados, evitando complicações ou efeitos colaterais. Logo, não se pode deixar de se enfatizar que o aborto é um problema de saúde pública e que sua criminalização continua dizimando a vida de milhares de mulheres através de consequências que poderiam ser evitadas.

Ao se analisar os fundamentos utilizados nas petições iniciais das ações de controle de constitucionalidade percebe-se que tanto na ADPF 54 quanto na ADI 5581 buscou-se legitimar o aborto em hipóteses específicas, na qual se constrói uma retórica jurídica de que exigir que uma mulher prossiga com uma gestação naqueles determinados casos – feto anencefálico e vítima do vírus zika – é desarrazoado, fere os direitos fundamentais das mulheres assegurados constitucionalmente.

Todavia na ADPF 442, o pedido de descriminalização é amplo e se baseia prioritariamente nos direitos da mulher, ou seja, independente de estado de necessidade, ou atipicidade da norma, levando em consideração que não existe direito absoluto, muito menos hierarquia entre os direitos fundamentais. Nesse sentido, defendeu-se em primeiro momento que o embrião ou feto é criatura humana com valor instrínseco, mas que não possui o estatuto de pessoa constitucional, logo não haveria direitos fundamentais em conflito. Em segundo

momento, mesmo que se considerasse o feto como pessoa constitucional, a controvérsia deveria ser solucionada com base nos princípios da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

Isto posto, conclui-se que as principais ações a respeito do tema construíram suas argumentações sem se contraporem diretamente a tipificação do aborto como crime, na qual se objetivava a legitimação do aborto em outras situações específicas que não se encontravam abarcadas pelo Código Penal, muito provavelmente como estratégia para abertura da discussão sobre o tema no judiciário, uma vez que o mesmo estava sendo ignorado no âmbito executivo e legislativo. Nesse sentido, somente a ADPF 442 enfrentou fundamentalmente tal tipificação, buscando sua ampla descriminalização, para que as mulheres possam ter o direito de escolher de maneira autônoma proceder ou não com uma gestação.

Portanto, a criminalização afeta diretamente os direitos fundamentais da mulher, como sua dignidade humana, autonomia, liberdade, igualdade, saúde e direitos sexuais e reprodutivos. A caracterização da prática como crime não evita que milhares de abortos sejam realizados todos os anos no país, mas impede que essas mulheres, ao se submeterem ao procedimento, sejam atendidas com segurança, resguardando sua saúde e sua vida.

As mulheres devem ser tratadas como seres autônomos que são, podendo fazer suas escolhas individuais com base em suas próprias percepções e não àquelas impostas pela sociedade sustentadas pela discriminação de gênero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORSARI, Cristina *et al.* **O aborto inseguro é um problema de saúde pública.** Revista Femina, vol. 40, n°2 (março - abril de 2012). Disponível em: <<https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-652208>> Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica** / Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 3. ed. atual. e ampl., 1. reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher. – 2. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral v. 1.** 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial: crimes contra a pessoa v. 2.** 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BLAY, Eva Alternam. **Um Caminho Ainda em Construção: A Igualdade de Oportunidades para as Mulheres.** Revista da USP n° 49. p. 82-97.

CRUZ, Amanda de Queirós. **Mulheres do Povo e Espaço Público na Revolução Francesa: Uma Análise Através de Imagens** (2019). Revista Discente Ofícios de Clío, Pelotas, vol. 4, n° 7 (julho - dezembro de 2019) ISSN 2527-0524. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/CLIO/article/view/16807>> Acesso em: out. 2020.

DINIZ, Débora. **Harm Reduction and Abortion** (2012). Disponível em: <<https://onlinelibrary-wiley.ez54.periodicos.capes.gov.br/doi/full/10.1111/dewb.12003>>. Acesso em: mai. 2020.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; MADEIRO, A. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016.** Ciência & Saúde Coletiva, v. 22, n. 2, p. 653–660, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S141381232017000200653&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: set.2020.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: Uma pesquisa domiciliar com técnica de urna** (2016). Disponível em: <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf>>. Acesso em: set. 2020.

ERDMAN, Joanna N., **Harm Reduction, Human Rights, and Access to Information on Safer Abortion** (2012). International Journal of Gynecology and Obstetrics 118 (2012): 83-86. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2127415>>. Acesso em: mai. 2020.

FANTI, F. **Mobilização social e luta por direitos: um estudo sobre o movimento feminista**. 2016. 213 f. Universidade Estadual de Campinas, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/321650/1/Fanti_Fabiola_D.pdf>. Acesso em: dez. 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito penal Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio v.2**. 26. ed. / Damásio de Jesus; atualização André Estefam. São Paulo : Editora Saraiva, 2020.

KOTTOW, Miguel. **Bioética Del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza la vida humana?**, Bioética – Conselho Federal de Medicina, Brasília, v.9, n.2, p.25- 42, 2001.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A da Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em outubro 2020.

NUNES, Amanda; ROSÁRIO, Luciana. **Reflexos da pandemia da COVID-19 para as famílias afetadas pelo vírus zika no Brasil: a urgência do direito à proteção social**. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Volume II, nº 2. Disponível em: <https://www.academia.edu/44480441/Reflexos_da_pandemia_da_Covid_19_para_as_fam%C3%ADlias_afetadas_pelo_v%C3%ADrus_zika_no_Brasil_Amanda_Luize_Nunes_Santos_Luciana_Alves_Ros%C3%A1rio> Acesso em: dez. 2020.

NUNES, A. (2020). **Uso de evidências no debate constitucional sobre aborto: o conceito de direito à vida nos amici curiae da ADPF 442**. *Revista Dos Estudantes De Direito Da Universidade De Brasília*, 1(18). Recuperado de <<https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/30783>>. Acesso em: dez. 2020.

NUNES, Amanda; BUZZI, Vitória. **Conheça a ADI 5581, ação que pede a garantia dos direitos das mulheres, famílias e crianças atingidas pela epidemia do vírus zika**. Cravinas – Prática em Direitos Sexuais e Reprodutivos, Brasília, maio 2019. Disponível em: <<https://projetcravinas.wordpress.com/2019/05/27/conheca-a-adi-5581-acao-que-pede-a-garantia-dos-direitos-das-mulheres-familias-e-criancas-atingidas-pela-epidemia-do-virus-zika/>>. Acesso em: dez. 2020.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores. 9ª edição, 4ª tiragem. 1994, São Paulo.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581- Distrito Federal. Associação Nacional de Defensores Públicos. Petição Inicial. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 2016.

TESSARO, Anelise. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS. Orientação: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4962>> Acesso em: out. 2020.

VILLELA, W.V; BARBOSA, Regina Maria. **Aborto, saúde e cidadania**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: out. 2020.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: dez. 2020.