

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS TRÊS PRIMEIROS MESES DE GESTAÇÃO, NA LINHA DA DECISÃO DO STF

Pedro Bravo Domenici Pequeno

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado

Resumo – O presente trabalho tem como objetivo analisar os pontos entrelaçados sobre a descriminalização do aborto, haja vista a legislação atual e a importância dada ao assunto pelos doutrinadores e pela jurisprudência. Para isso, será utilizado o método hipotético-dedutivo, e a abordagem do tema será necessariamente qualitativa, em que se utilizarão principalmente entendimentos científicos, doutrinários jurídicos, além da norma vigente e da jurisprudência para defender a tese. Dentre as principais conclusões da pesquisa, destaca-se a falta de políticas públicas para enfrentar a gravidez indesejada – grande causa dos procedimentos abortivos -, a omissão do legislador para com a atualização da lei, a necessária quebra de cultura religiosa enraizada em parte da sociedade e representantes políticos e a necessária atuação do Poder Judiciário para evitar violações aos direitos das mulheres, numa função contramajoritária. Dessa forma, impõe-se a imediata descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação.

Palavras-chave – Direito Constitucional-Penal. Direito à vida. Aborto. Descriminalização.

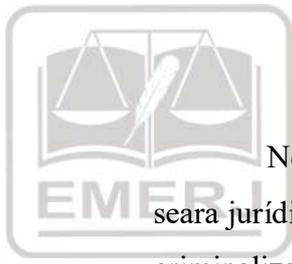
Sumário – Introdução. 1. Análise sobre o início da vida e o crime de aborto no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Questões jurídicas, morais, religiosas, saúde pública e gasto financeiro que envolvem a criminalização do aborto. 3. ADPF nº 54 e Habeas Corpus nº 124.306/RJ: ativismo judicial exacerbado ou necessário? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca debater de forma sucinta a descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação e seus efeitos perante a sociedade e a saúde pública. Procura-se demonstrar os aspectos morais, jurídicos e religiosos que estão entrelaçados, e ponderar direitos e princípios.

O tema aborto nunca deixa de estar em voga e é sempre muito debatido não só no mundo jurídico como na sociedade como um todo, o que não é para menos, pois o que se está em jogo são duas vidas – da gestante e do feto -, além do direito sobre o próprio corpo da mulher.

Dessa maneira, o primeiro capítulo do presente artigo visa analisar quando se inicia a vida, apresentando algumas controvérsias, bem como falar sobre o que é considerado crime de aborto e o que não é nos dias atuais de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.



No segundo capítulo, a intenção é trazer à baila questões que envolvem o tema na seara jurídica, religiosa, moral, sem se esquecer da saúde pública e os gastos financeiros que a criminalização traz ao Estado.

Observe-se que a discussão vai muito além dos protagonistas, gestante e filho, tendo em vista o dinheiro público que é e deve ser investido.

Seguindo, no terceiro capítulo é apresentada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua evolução quanto ao crime de aborto, como a famosa ADPF nº 54 e o Habeas Corpus nº124.306/RJ, sendo este o pilar motivacional para o presente artigo. Além disso, decisões estrangeiras, a recente legalização do aborto na Argentina e breve análise sobre o ativismo judicial no Brasil.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, haja vista que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. ANÁLISE SOBRE O INÍCIO DA VIDA E O CRIME DE ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Definir a palavra vida é um dos exercícios mais difíceis, tanto que nos dicionários há inúmeras tentativas. Contudo, é necessário pontuar as vertentes científicas sobre o seu início.

Entre grandes divergências, a renomada revista Super Interessante cita três correntes científicas sobre o tema, sendo a primeira corrente¹ aquela que entende que a vida humana se inicia com a fecundação, também chamada de concepção, quando o espermatozóide encontra o óvulo. Este processo de união dura de 12 a 24 horas. Porém, entende-se que o ciclo completo da fecundação pode levar até quinze dias.

A segunda corrente apresentada² compreende que a vida se origina na gastrulação – estágio que ocorre no início da 3ª semana de gravidez, depois que o embrião chega ao útero da mãe. Boa parte dos abortos espontâneos ocorrem nesse período.

¹MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. *Quando a vida começa?* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 12 fev. 2021

² Ibid.

Por sua vez, a terceira tese trazida pela revista³ defende que para saber o que é vida, basta entender o que é morte, a qual se dará com a morte encefálica. Analogamente, a vida surgiria com os primeiros sinais de atividade cerebral, que, a depender da tese, se dará na oitava semana de gestação, quando o feto possui a base do sistema nervoso, ou a partir da vigésima semana, quando o tálamo já está formado.

Há também quem defenda que só haverá vida quando o bebê puder sobreviver fora do organismo da mãe, o que aconteceria normalmente no sétimo mês de gestação. No entanto, com o avanço da medicina, há casos de bebês que sobrevivem nascendo antes.⁴

Vale citar, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em São José, Costa Rica, a qual o Brasil incorporou ao ordenamento jurídico, tendo status de emenda constitucional.

Dispõe a referida Convenção⁵ em seu artigo 4, item 1, que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Como se vê, não há qualquer consenso, nem a própria ciência consegue determinar com unanimidade o marco inicial da vida humana. Contudo, se observa tanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quanto no Código Civil brasileiro⁶, em seu artigo 2º, que o nascituro já tem direitos protegidos desde a concepção.

É oportuno esclarecer que o aborto ou, mais corretamente, o abortamento é a interrupção da gestação antes do início do período perinatal, definido pela OMS (CIE 10) a partir de 22 semanas completas (154 dias) de gestação, quando o peso ao nascer é normalmente de 500 g. Costuma-se classificar o aborto como precoce quando ocorre antes de 13 semanas da gravidez, e como tardio quando se dá entre as 13 e 22 semanas.⁷

No Brasil, a prática abortiva é considerada ilícito penal desde o Código Criminal do Império de 1830.⁸ No Código Penal brasileiro atual, o aborto está elencado nos artigos 124 a 127, podendo ser praticado pela própria gestante ou por terceiros, com ou sem o

³ Ibid.

⁴MIRANDA, Giuliana. *Cientistas defendem 5 momentos para início da vida humana*. Disponível em: <<https://m.folha.uol.com.br/ciencia/2010/10/814968-cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.shtml>>. Acesso em: 19 mar. 2021

⁵CIDH. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021

⁶BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021

⁷UFRJ. *Abortamento*. Disponível em: <<http://www.me.ufrj.br/images/pdfs/protocolos/obstetricia/abortamento.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2021

⁸BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021



consentimento daquela. No entanto, ele traz duas hipóteses, as quais não existiam nos códigos anteriores, em que o aborto não será punido, que constam no seu artigo 128, são elas: para salvar a vida da gestante (aborto necessário) e nos casos de gravidez resultante de estupro (aborto humanitário).⁹

Interessante mencionar, a título de comparação, como alguns países da América do Sul enfrentam o aborto. No Uruguai, Guiana e Argentina o procedimento abortivo é legalizado até a décima segunda semana de gestação. Após esse período, apenas seria cabível em caso de estupro, risco de vida da mulher ou má-formação do feto.¹⁰

Na Bolívia, Peru, Equador e Colômbia somente motivos de saúde ou terapêuticos admitem a prática.¹¹

Já Paraguai, Venezuela e Chile seguem a mesma diretriz encontrada no Brasil. Exclusivamente, o Suriname tem uma legislação mais rígida e não permite o aborto em qualquer hipótese.¹²

Percebe-se que o tema é muito controvertido e a depender do lugar, da época, do período de gestação e dos motivos as práticas abortivas serão ou não aceitas. Tanto é que em 2012 o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF nº 54¹³, que tratava sobre a interrupção da gestação de um feto com anencefalia, algo que trinta anos atrás seria inviável. Esse julgado será tratado no terceiro capítulo com mais detalhes.

Cabe lembrar que por muitos anos a mulher não tinha voz tanto na sociedade como dentro de seu matrimônio. Dessa forma, a vontade de seu marido era, por muitas vezes, a que predominava, tendo em vista a perpetuação do machismo. Com isso, a escolha de ter ou não um filho era quase sempre do homem. Assim, a esposa tinha apenas a função de cuidar da casa, gerar filhos e tomar conta destes.

Com o passar dos anos, o movimento feminista foi crescendo e, com isso, mulheres foram ganhando direitos e espaço no mercado de trabalho. Assim, a decisão sobre ter filho ou não e de quando ter começou a passar também pela mulher.

⁹BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 fev. 2021

¹⁰OTOBONI, Jéssica. *Quais países da América do Sul legalizaram o aborto?* Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/12/10/quais-paises-da-america-do-sul-legalizaram-o-aborto-argentina-vota-questao-hoje>>. Acesso em: 20 mar. 2021

¹¹Ibid.

¹²Ibid.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 jul. 2021.



Nessa linha, em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, 184 países, entre eles o Brasil, reconheceram os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos.¹⁴

Sob a perspectiva de relações equitativas entre os gêneros e na ótica dos direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta a duas vertentes diversas e complementares. De um lado, direciona a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência. Nesse sentido, consagra-se a liberdade de mulheres e homens de decidir se e quando desejam reproduzir-se. Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva.¹⁵

Dessa forma, a criminalização do aborto vai de encontro aos direitos supracitados, violando, por consequência, a própria Constituição da República, pois tem como um dos seus fundamentos a dignidade humana. Ademais, pode-se considerar como um atraso para a modernização da legislação.

Fica claro que a criminalização ou não do aborto não afeta somente o feto, a mãe e o pai, mas também toda a sociedade e o Estado, tendo em vista a necessidade de investir em políticas públicas, conscientização e propaganda. Tal tema será tratado a seguir no próximo capítulo.

2. QUESTÕES JURÍDICAS, MORAIS, RELIGIOSAS, SAÚDE PÚBLICA E GASTO FINANCEIRO QUE ENVOLVEM A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

O Brasil é um país em desenvolvimento, e como todo país nesse patamar há diversas falhas em inúmeros setores do serviço público. Não diferente é com o SUS (Sistema Único de Saúde), sistema de enorme importância na vida da sociedade brasileira que, no entanto, é esquecido pelas autoridades políticas.

É fato notório que os investimentos na área da saúde poderiam ser maiores e melhores, no entanto, o orçamento para ser utilizado tem diminuído cada vez mais.¹⁶ Esses

¹⁴PIOVESAN, Flávia. *O que são Direitos Reprodutivos?* Disponível em: <<https://feminismo.org.br/o-que-sao-direitos-reprodutivos/523/>>. Acesso em: 2 abr. 2021

¹⁵Ibid.

¹⁶BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Saúde perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016*. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>>. Acesso em: 12 ago. 2021.



investimentos não dizem respeito apenas a material humano ou a equipamentos, mas igualmente com publicidade e campanhas.¹⁷

No que diz respeito ao acompanhamento de mulheres quanto à gravidez e suas formas de se evitá-la, o Brasil peca, e muito. Isso porque o principal método informado e oferecido pela rede pública de saúde é o preservativo (camisinha) e a pílula anticoncepcional, métodos que já se mostraram não serem suficientes para conterem a gravidez indesejada.

Mais de 55% das brasileiras que tiveram filhos não haviam planejado a gravidez, segundo uma pesquisa da Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz que ouviu 24 mil mulheres entre 2011 e 2012.¹⁸ O percentual está acima da média mundial, de 40% de gestações não planejadas.¹⁹

Além disso, mais de 500 mil abortos clandestinos são realizados todos os anos no Brasil, como resultado de gestações indesejadas, de acordo com a Pesquisa Nacional do Aborto, dos professores Débora Diniz (Universidade de Brasília), Marcelo Medeiros (UnB) e Alberto Madeiro (Universidade Estadual do Piauí).²⁰

Em tese, outros métodos são dispostos ao público, como o diafragma, o injetável, o DIU (Dispositivo Intrauterino) de cobre e a laqueadura. Contudo, na prática, a dificuldade para agendar a colocação do DIU é grande e, em alguns Estados, esse método sequer é oferecido. Também falta injeção trimestral em postos de saúde e a espera para fazer vasectomia e laqueadura é longa, principalmente no Norte e Nordeste, de acordo com pacientes, funcionários de saúde e especialistas ouvidos pela BBC News Brasil.²¹

O obstáculo, em outros casos, é religioso. Um exemplo é o do Hospital Santa Marcelina, entidade filantrópica de São Paulo (SP) que atende pacientes do SUS e conveniados, mas não realiza o procedimento de laqueadura.²²

O México, que é um país em desenvolvimento como o Brasil, reduziu para 36% o percentual de gestações não planejadas depois de um programa que aumentou para 15% o percentual de mulheres com DIU ou implantes. No Brasil, só 2% das mulheres usam métodos de longa duração e a taxa de gravidez não programada é de 55,4%.²³

¹⁷FRANCO, Luiza; PASSARINHO, Nathalia. *Com 55% de gestações não planejadas, Brasil falha na oferta de contracepção eficaz*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44549368>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

²⁰Ibid.

²¹Ibid.

²²Ibid.

²³Ibid.



Como se vê, o pouco investimento em políticas públicas para se evitar a gravidez traz consequências no campo humanístico e financeiro. A prática de abortos (em diversos casos, clandestinos) está muito ligada à falta de informação e acesso aos métodos contraceptivos e, assim, acaba-se gastando mais com a gravidez do que se fosse para evitá-la.

Essa situação exposta está inteiramente relacionada à criminalização do aborto, bem como o elevado número de procedimentos abortivos clandestinos, como dito acima. Quanto maior o número de gravidezes indesejadas, maiores serão os números de aborto e, sendo este proibido, será procurado de forma irregular.

Por conta da criminalização do aborto são gastos R\$ 40,4 milhões com procedimentos emergenciais decorrentes de complicações após abortos ilegais mal feitos.²⁴

É inegável o alto custo financeiro com a criminalização do procedimento abortivo, sem mencionar os danos às mulheres que acabam por se submeterem a tal prática sem o mínimo de segurança.

Segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), uma brasileira morre a cada dois dias por conta de procedimentos mal feitos e um milhão de abortos clandestinos seriam feitos no país todos os anos.²⁵

Quanto às questões morais e religiosas, essas são o primeiro embate que se contrapõe à legalização do aborto. Políticos religiosos completamente contrários à prática misturam política com religião e acabam por regredir os avanços social e legal.

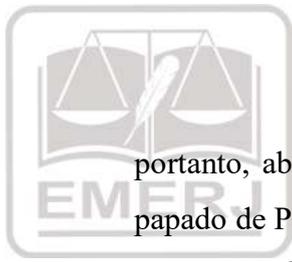
Anos de poderio da Igreja já demonstraram o quanto devastador para a evolução humana isso pode ser. Não é mais cabível em um Estado Democrático de Direito envolver religião na política. Como se retira do artigo 19, I, da Carta Magna²⁶, o Estado é laico e não pode se envolver com qualquer credo. Dessa forma, a legislação também deve seguir neutra e avançando na medida em que a sociedade caminha.

A verdade é que nem mesmo a Igreja entra em um consenso. Durante muito tempo, o aborto era permitido até o quadragésimo dia de gestação. No entanto, no ano de 1588, o papa Sixto 5º condenou a interrupção da gravidez, sob pena de excomunhão. Nascia aí a condenação do Vaticano ao aborto. Contudo, o sucessor de Sixto, Gregório 9º, voltou atrás na lei e determinou que o embrião não formado não poderia ser considerado ser humano e,

²⁴AOS FATOS. *SUS atende 100 vezes mais casos pós-aborto do que faz interrupções legais*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/03/10/sus-atende-100-vezes-mais-casos-pos-aborto-do-que-faz-interruptoes-legais.htm?cmpid=tw-uolnot>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

²⁵SENRA, Ricardo. *Aborto já é livre no Brasil. Proibir é punir quem não tem dinheiro*, diz Drauzio Varella. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160201_drauzio_aborto_rs>. Acesso em: 12 ago. 2021.

²⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2021.



portanto, abortar era diferente de cometer um homicídio. Essa visão perdurou até 1869, no papado de Pio 9º, quando a Igreja novamente mudou de posição.²⁷

O fato é que nem todas as religiões pensam da mesma forma e impor a interpretação de uma para a sociedade brasileira, que é eclética, é, no mínimo, desrazoável.

Um contraponto muito interessante, indicado pelo médico Drauzio Varella²⁸, é: “se a doação de órgãos em caso de inatividade cerebral tem aceitação popular, por que a retirada de um feto igualmente sem atividade cerebral é criticada?” O questionamento de Varella demonstra que não há um pensamento bem elaborado daqueles contrários à legalização, apenas repetem o que se ouve em igrejas e seus respectivos cultos.

Importante apontar, também, como culturas, na maioria religiosas, eram impostas na legislação brasileira, mas que com o passar dos anos foram sendo rejeitadas. A proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como a união estável são grandes exemplos da imposição da evolução social em face do cristianismo enraizado na lei brasileira.

Outro aspecto significativo é o de que nem todos os métodos contraceptivos são 100% eficazes. Assim, por mais que as pessoas se cuidem, ainda há uma chance de acontecer a gravidez. Dessa forma, a velha máxima “engravidou porque quis” já está mais do que ultrapassada. O tema que necessita ser debatido é: deve-se obrigar uma mulher ter um filho que ela evitou ao máximo ter naquele momento de sua vida, seja por questões psicológicas, financeiras ou qualquer outra, porque a “moral” e a sociedade entendem que ela deva ter?

Nesse sentido, verifica-se que tanto a “moral” quanto a religião não têm espaço quando o assunto é ter ou não um filho e a (des)criminalização do aborto.

No que concerne às questões jurídicas, o aborto no Brasil, como já dito neste trabalho, é permitido apenas em duas hipóteses: para salvar a vida da gestante ou resultante de estupro²⁹. Entretanto, nos últimos anos é possível notar uma mudança de entendimento entre os juristas, principalmente no Supremo Tribunal Federal, conforme será apresentado no capítulo 3.

A mudança mencionada se dá, porque claramente a proibição do aborto não é fator que impeça a mulher de abortar, mostrando que a norma não é mais eficiente como já fora. Ademais, a legalização não quer dizer que mulheres irão descontroladamente abortar, tendo em vista que não é uma obrigação, mas uma faculdade. A descriminalização, então, visa dar

²⁷MUTO; NARLOCH, op. cit.

²⁸SENRA, op. cit.

²⁹BRASIL, op. cit, nota 9.



maior liberdade de escolha e liberdade sobre o próprio corpo, e de que se tenha maior segurança, caso o procedimento seja escolhido.

Como bem já dispôs o Ministro Luís Roberto Barroso³⁰ “criminalizar o aborto não é uma política eficiente para evitar que interrupções de gestações aconteçam - apenas impede que os abortos sejam feitos com segurança. Ou seja, a criminalização não protegeria nem a ‘vida do feto’ nem a da mulher.”

No próximo capítulo, debatem-se as recentes decisões do STF a respeito do abortamento.

3. ADPF Nº 54 E *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/RJ: ATIVISMO JUDICIAL EXARCEBADO OU NECESSÁRIO?

Como visto no capítulo anterior, há uma tendência no Supremo Tribunal Federal de se flexibilizar a proibição do aborto. Tanto é que em abril de 2012, a Suprema Corte se manifestou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54³¹ quanto à interrupção da gravidez quando o feto tem anencefalia.

Importante um parêntese para explicar que anencefalia é uma má formação do tubo neural, estrutura responsável pela formação do sistema nervoso. O feto não desenvolve o encéfalo nem a calota craniana, e o cerebelo e a meninge são reduzidos. A expectativa de vida de um bebê anencéfalo é de algumas horas ou dias, embora haja registro no Brasil de um caso raríssimo de sobrevivência de um infante que viveu por quase dois anos.³²

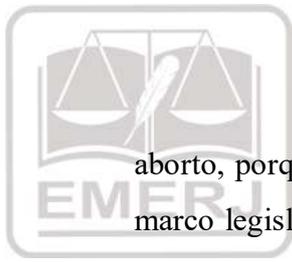
Voltando à ação proposta, os argumentos contrários a procedência da ADPF se pautavam na premissa de que o feto já pode ser considerado um ser humano, devendo ter seu direito à vida assegurado, mesmo quando pequenas as chances de sobrevivência extrauterina. Alegou-se também a ideia de que a legalização do aborto de fetos anencefálicos representaria um primeiro passo para legalização no Brasil.

Já os principais argumentos levados a favor da mudança de paradigma se pautavam no fato de que como o feto em tais casos não desenvolve o cérebro, não teria qualquer condição de sobrevivência extrauterina, de tal maneira que obrigar uma gestação que apenas resultaria em morte somente prolongaria o sofrimento da gestante. Ademais, não haveria nem mesmo

³⁰PASSARINHO, Nathalia. *Quais os próximos passos na disputa sobre o aborto no STF*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45088795>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

³¹BRASIL, op. cit, nota 13.

³²ANENCEFALIA: o que é, causas e mais! Disponível em: <<https://www.stoodi.com.br/blog/biologia/anencefalia-o-que-e/>>. Acesso em: 26 ago. 2021.



aborto, porque o feto anencefálico é desprovido de cérebro e, segundo a Lei nº 9.434/97³³, o marco legislativo para se aferir a morte de uma pessoa ocorre no momento em que se dá sua morte cerebral.

Diante dos argumentos, o Supremo Tribunal Federal, em plenário, com efeito *erga omnes*, por 8 votos a 2, entendeu que não é crime interromper a gravidez de fetos anencefálicos e, então, julgou procedente o pedido e declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal³⁴. Dessa maneira, tanto os médicos que realizam a cirurgia, quanto as gestantes que decidem interromper a gravidez, não cometem crime de aborto de feto anencéfalo.³⁵

Frisa-se que durante a imensa discussão, que fora debatida por inúmeros estudiosos e por toda a sociedade, algo sempre mencionado foi a liberdade sexual e reprodutiva e os direitos fundamentais.

Não diferentes são os argumentos colocados à mesa sobre a interrupção da gravidez nos três primeiros meses. Aqui, não há discussão sobre qualquer anomalia que atinja o feto que o faça ter a expectativa de vida curta, mas apenas o puro e simples exercício do direito de decidir ter ou não o filho. Aliás, mais do que “somente” dar a luz, é decidir passar ou não por todo o período gestacional, que implica tempo, cuidados, dinheiro, acompanhamento médico e nutricional; e toda a mistura de sentimentos e sensações: enjôos, desejos, mudança drástica no corpo, mudança de humor etc.

Como já dito neste trabalho, o número de gravidezes indesejadas e durante a adolescência no Brasil – algumas, durante a infância, inclusive – é elevadíssimo. Uma menina de 13 anos, por exemplo, não está preparada fisicamente – e na maioria das vezes, psicologicamente – para ter uma gestação. É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro não pune o aborto quando para salvar a vida da gestante, porém, em muitas ocasiões, a gravidez não põe em risco a vida da grávida, mas põe em risco sua integridade física e sua saúde mental lhe trazendo sequelas irreversíveis. Para este tipo de situação o Código Penal continua a punir o autor do procedimento abortivo e quem lhe deu autorização.

Recentemente, no ano de 2020, foi exposto pela mídia um caso de uma menina de 10 anos de idade que era estuprada desde os 6 anos por um tio seu. Nessa situação, a legislação autoriza a prática abortiva, no entanto, a menor teve atendimento negado pelo hospital em sua

³³BRASIL. Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021.

³⁴BRASIL, op. cit, nota 9.

³⁵BRASIL, op. cit, nota 13.

cidade no Espírito Santo, o qual alegou que não tinha a capacidade para realizar o procedimento.³⁶

A criança teve que, então, ir para Recife para conseguir o procedimento. Não obstante todo o sofrimento passado por ela, o caso se tornou público e inúmeros conservadores, leia-se religiosos, foram às portas do hospital para impedir o ato, bloquearam acessos ao hospital, insultaram funcionários e chamaram o médico que realizaria o abortamento de “assassino”. Fizeram, ainda, uma roda de oração para que a menina levasse adiante a gravidez.³⁷

Vislumbra-se, portanto, que o tema é sensível e de extrema importância tanto é que o Supremo foi posto diante de um dos casos mais polêmicos que o Brasil já teve.

Em novembro de 2016, a Primeira Turma do STF, ao analisar o *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ³⁸, revogou a prisão de cinco médicos e funcionários de uma clínica de aborto e, por três votos a dois, considerou que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não configura crime.

Um dos julgadores do caso que mais enfatizou a descriminalização do aborto nas doze semanas iniciais foi o Ministro Luís Roberto Barroso. Em seu voto o Ministro³⁹ declara:

em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade.

Citando pesquisas internacionais, ele também considerou que punir com prisão não diminui o número de abortos, classificando como “duvidosa” a ideia de que a criminalização protege a vida do nascituro. Pontuou, ainda, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gravidez durante a fase inicial desta como crime, incluindo Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.⁴⁰

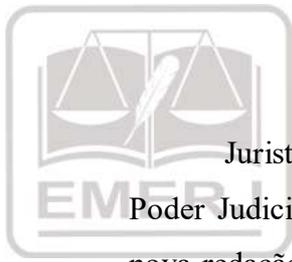
³⁶JIMÉNEZ, Carla. *Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>>. Acesso em 27 ago. 2021.

³⁷Ibid.

³⁸RAMALHO, Renan. *Turma do STF abre precedente para descriminalizar aborto até terceiro mês*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/turma-no-supremo-derruba-prisao-de-equipe-medica-de-clinica-de-aborto.html>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

³⁹RICHTER, André. *Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

⁴⁰RAMALHO, op. cit.



Juristas e parlamentares criticaram o Tribunal, pois acredita-se que não é papel do Poder Judiciário analisar casos tais, sendo dever do Poder Legislativo discutir ou não uma nova redação para a lei. É verdade que de um lado, o Judiciário deve tomar cuidado com o ativismo judicial, uma vez que o exagero de decisões, as quais deveriam ser tomadas pelos representantes do povo, pode trazer instabilidade na democracia e entre os três Poderes. De outro, se vê encurralado diante da súplica da sociedade por respeito a direitos e garantias fundamentais e pela omissão do Poder Público nas políticas públicas e na atualização da legislação.

Em 2018, o Ministro Luiz Fux⁴¹ declarou o seguinte:

eu tenho a impressão de que algumas questões são judicializadas porque o Parlamento não quer pagar o preço social de tomar a decisão adequada. Mas, na verdade, o lugar próprio de decidir sobre a descriminalização do aborto é o Parlamento e não o Supremo Tribunal Federal.

A frase de Fux é corretíssima, contudo, diante da inércia do Poder Legislativo, cumpre ao Poder Judiciário atuar para proteger os direitos fundamentais e promover tal descriminalização.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a problematizar a criminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro, com base no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ. Como se viu, o Poder Legislativo se mostra inerte em relação ao assunto, enquanto que o Poder Judiciário é cada vez mais procurado.

Nesta pesquisa, ficaram demonstradas as inúmeras controvérsias que o tema aborda seja para a definição do começo da vida humana, seja se o aborto deve ser proibido em qualquer situação ou se em algumas delas ou se até determinado período da gestação o procedimento abortivo pode ser descaracterizado como crime.

Apontou-se, a título de comparação, como países sul-americanos enfrentam o abortamento, e ficou claro que a depender do local e da época a ideia sobre o aborto será alterada.

⁴¹PASSARINHO, op. cit.

A presente obra ponderou quais direitos estariam vinculados, e verificou-se que não só o direito à vida do feto estaria em jogo, mas também o direito da mulher sobre o seu próprio corpo e a liberdade de reprodução.

Foi posto em debate, também, como a falta de investimentos para o combate à gravidez indesejada é diretamente proporcional ao número de casos de abortos. Nesse sentido, a criminalização da prática abortiva não diminui a procura para a cessação antecipada da gestação. Pelo contrário, mostrou-se que mulheres arriscam suas vidas seja indo para países onde a prática é permitida, seja buscando pessoas que efetuem o aborto clandestinamente no Brasil, fazendo com que o número de procedimentos emergenciais decorrentes de complicações após abortos ilegais mal feitos aumente, e como consequência, o número de mortes dessas mulheres também.

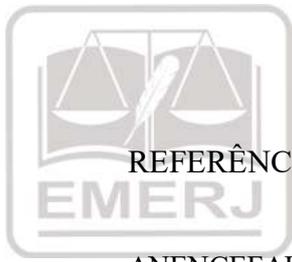
Além disso, demonstrou-se que não apenas questões de saúde pública e gasto financeiro envolvem o aborto, mas que também ainda há uma cultura religiosa que bloqueia o avanço da mentalidade de parte da sociedade e que reflete diretamente na legislação para permitir a prática abortiva, pois, muitos dos representantes legislativos estão agarrados em suas religiões.

Nessa esteira, denotou-se a omissão do Poder Legislativo para com os novos anseios da população, o que impulsionou o Poder Judiciário tomar à frente sobre o tema como se viu na exposição da ADPF nº 54, na qual o STF entendeu, em decisão de efeitos *erga omnes*, não ser crime a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, bem como no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, que considerou, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da criminalização da prática de aborto nos três primeiros meses de gestação.

Com a exibição dos casos, verificou-se uma tendência de mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a favor da descriminalização. Os fundamentos dos votos também chamaram atenção, vez que adentraram nos direitos da autonomia e liberdade da mulher sobre seu próprio corpo e direitos sexuais e reprodutivos, bem como na confirmação de falta de eficácia da norma jurídica atual.

Por fim, apuraram-se as críticas feitas tanto por doutrinadores, como por legisladores quanto ao ativismo judicial, e que decisões como essas poderiam violar o princípio da Separação dos Poderes. No entanto, ratificou-se que o Judiciário tem papel contramajoritário de proteção aos direitos fundamentais.

Dessa forma, a constitucionalidade da descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação é medida que deve ser declarada o mais rápido possível para que violações aos direitos das mulheres não se reiterem.



REFERÊNCIAS

ANENCEFALIA: o que é, causas e mais! Disponível em: <<https://www.stoodi.com.br/blog/biologia/anencefalia-o-que-e/>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

AOS FATOS. *SUS atende 100 vezes mais casos pós-aborto do que faz interrupções legais*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/03/10/sus-atende-100-vezes-mais-casos-pos-aborto-do-que-faz-interruptoes-legais.htm?cmpid=tw-uolnot>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. *Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 fev. 2021.

_____. Conselho Nacional de Saúde. *Saúde perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016*. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2021.

_____. *Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

CIDH. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021.

FRANCO, Luiza; PASSARINHO, Nathalia. *Com 55% de gestações não planejadas, Brasil falha na oferta de contracepção eficaz*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44549368>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

JIMÉNEZ, Carla. *Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>>. Acesso em 27 ago. 2021.

MIRANDA, Giuliana. *Cientistas defendem 5 momentos para início da vida humana*. Disponível em: <<https://m.folha.uol.com.br/ciencia/2010/10/814968-cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.shtml>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. *Quando a vida começa?* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 12 fev. 2021.



OTOBONI, Jéssica. *Quais países da América do Sul legalizaram o aborto?* Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/12/10/quais-paises-da-america-do-sul-legalizaram-o-aborto-argentina-vota-questao-hoje>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PASSARINHO, Nathalia. *Quais os próximos passos na disputa sobre o aborto no STF.* Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45088795>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *O que são Direitos Reprodutivos?* Disponível em: <<https://feminismo.org.br/o-que-sao-direitos-reprodutivos/523/>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

RAMALHO, Renan. *Turma do STF abre precedente para descriminalizar aborto até terceiro mês.* Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/turma-no-supremo-derruba-prisao-de-equipe-medica-de-clinica-de-aborto.html>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

RICHTER, André. *Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime.* Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

SENRA, Ricardo. *'Aborto já é livre no Brasil. Proibir é punir quem não tem dinheiro', diz Drauzio Varella.* Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160201_drauzio_aborto_rs>. Acesso em: 12 ago. 2021.

UFRJ. *Abortamento.* Disponível em: <<http://www.me.ufrj.br/images/pdfs/protocolos/obstetricia/abortamento.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2021.