



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIELA BUSTAMANTE HORTÊNCIO DE MEDEIROS

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE DE RECENTES
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA MATÉRIA**

FORTALEZA

2018

GABRIELA BUSTAMANTE HORTÊNCIO DE MEDEIROS

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE DE RECENTES
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA MATÉRIA**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientadora: Prof.^a e Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M439d Medeiros, Gabriela Bustamante Hortêncio de.

A descriminalização do aborto no Brasil : Análise de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria / Gabriela Bustamante Hortêncio de Medeiros. – 2018.
51 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Profa. Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva .

1. Aborto. 2. Descriminalização. 3. Saúde Pública. 4. Decisões do STF. 5. Direitos Fundamentais. I.
Título.

CDD 340

GABRIELA BUSTAMANTE HORTÊNCIO DE MEDEIROS

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE DE RECENTES
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA MATÉRIA

Monografia apresentada ao Programa de Graduação
em Direito da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva (orientadora)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Victor Alves Magalhães (mestrando)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

À minha mãe Glênia Sá Bustamante, ao meu pai André Luiz Hortêncio de Medeiros e à minha tia Livânia Mara Sá Bustamante.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as bênçãos recebidas durante a minha caminhada.

Agradeço à Prof.^a Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva por ser sempre tão acolhedora, compreensiva e solícita, e por ter me ajudado a concluir este trabalho da melhor maneira possível.

Agradeço também ao Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior, um profissional inspirador, e ao mestrando Victor Alves Magalhães, um colega estimado, por fazerem parte deste momento tão importante da minha graduação.

Agradeço à minha mãe Glênia Sá Bustamante, ao meu pai André Luiz Hortêncio de Medeiros e à minha tia Livânia Mara Sá Bustamante, por todo o amor e cuidado, por serem minha base e meu exemplo, e por sempre me apoiarem e me incentivarem a ser uma pessoa cada vez melhor, lutando para alcançar meus objetivos.

Agradeço à minha família e aos meus amigos por sempre estarem presentes na minha vida, torcendo pela minha felicidade e pelo meu sucesso.

Agradeço ao meu namorado, Sami Teixeira Arruda, pelo companheirismo, por tornar minha vida mais bonita e cheia de cor, por sempre me apoiar e me fazer mais feliz.

Agradeço a um dos melhores amigos, José Artur da Costa Silva, que sempre esteve ao meu lado nos melhores e piores momentos nesses cinco anos de graduação, com a certeza de que nossa amizade perdurará por muito tempo.

Agradeço às ilustríssimas Ana Beatriz Barros de Siqueira, Brenda Barros Freitas, Débora dos Santos Rocha, Josymeiry Marculino Guerreiro, Lara Ferreira Sampaio, Luisa Sousa Gomes e Mariana França Mascarenhas, pela cumplicidade e por tornarem os dias mais leves e alegres durante os últimos cinco anos, com a certeza de que preservaremos essa amizade por muito tempo.

Agradeço, por fim, aos meus amigos da Faculdade de Direito pelos bons momentos vividos e compartilhados nesses últimos cinco anos, uma etapa tão importante de nossas vidas.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.”

(Albert Einstein)

RESUMO

O presente trabalho trata da descriminalização do aborto no Brasil. Inicialmente, são apresentados os conceitos e as espécies de aborto sob o ponto de vista jurídico, sendo feita uma análise do crime de aborto previsto no Código Penal Brasileiro nos arts. 124 a 128. Em seguida, é realizada uma análise do aborto como uma questão de saúde pública, sendo apresentados os conceitos e espécies de aborto sob o ponto de vista médico. Ademais, trata-se do aborto clandestino no Brasil, das legislações de diversos países que tratam o aborto como um problema de saúde pública e da possibilidade de descriminalização desta conduta até a 12ª semana de gestação. Por fim, são analisadas duas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a descriminalização do aborto de fetos anencéfalos e a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, sendo discutida ainda a violação aos direitos fundamentais das mulheres e ao princípio da proporcionalidade, bem como o estabelecimento de um importante precedente judicial acerca da descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação. Este trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, incluindo-se, no material de apoio livros, monografias, dissertações de mestrado, artigos científicos, revistas, notícias, legislações, decisões judiciais e consultas a sites de órgãos públicos brasileiros. Dessa forma, a criminalização do aborto viola diversos direitos fundamentais da mulher ao impedir que esta decida sobre a continuidade ou interrupção da gestação. Constatou-se ainda que a criminalização do aborto no primeiro estágio da gestação desrespeita o princípio da proporcionalidade. Foi possível concluir, por fim, pela necessidade de reforma na legislação em vigor para que seja descriminalizada a prática de aborto nos três primeiros meses de gestação.

Palavras-chave: Aborto. Descriminalização. Saúde Pública. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This paper deals with the decriminalization of abortion in Brazil. Initially, concepts and species of abortion are presented from a legal point of view, with an analysis of the crime of abortion provided in the Brazilian Penal Code in arts. 124 to 128. Next, an analysis of abortion is carried out as a public health issue, presenting the concepts and species of abortion from the medical point of view. In addition, it is explained about the clandestine abortion in Brazil, the laws of several countries that treat abortion as a public health problem and the possibility of decriminalizing this conduct until the 12th week of gestation. Finally, two recent decisions of the Federal Supreme Court on the decriminalization of abortion of anencephalic fetuses and the unconstitutionality of the criminalization of abortion up to the third month of gestation are analyzed, as well as the violation of women's fundamental rights and the principle of proportionality, as well as the establishment of an important judicial precedent regarding the decriminalization of abortion until the third month of gestation. This work was developed through a bibliographical research, including in the material of support books, monographs, master's dissertations, scientific articles, magazines, news, legislations, judicial decisions and consultations to sites of Brazilian public agencies. It was concluded that the criminalization of abortion violates several fundamental rights of women by preventing them from deciding on the continuity or interruption of pregnancy. It was also found that the criminalization of abortion in the first stage of pregnancy disrespects the principle of proportionality. It was possible to conclude, finally, by the need for reform in the legislation in force to decriminalize the practice of abortion in the first three months of gestation.

Keywords: Abortion. Decriminalization. Public Health. Fundamental Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CFM	Conselho Federal de Medicina
CPB	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
HC	Habeas Corpus
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 ANÁLISE DO ABORTO SOB A ÓTICA JURÍDICA	13
2.1 Histórico do crime de aborto no mundo	13
2.2 Histórico do crime de aborto no Brasil	14
2.3 O aborto no Código Penal Brasileiro	15
2.4 Espécies de aborto	21
3 ANÁLISE DO ABORTO COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA	23
3.1 Análise do aborto como questão de saúde pública no âmbito internacional	24
3.2 O aborto clandestino no Brasil	28
3.3 A descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação como solução	29
4 ANÁLISE DE RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL	32
4.1 Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à descriminalização do aborto de fetos anencéfalos: um estudo de caso da ADPF 54	32
4.1.1 A inconstitucionalidade da criminalização do aborto de anencéfalos	34
4.2 Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação: um estudo de caso do HC 124.306	35
4.2.1 Violação aos direitos fundamentais da mulher	37
4.2.2 O princípio da proporcionalidade	40
4.2.3 O estabelecimento de um precedente judicial	43
4.3 Análise da ADPF 442 ainda em andamento	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

1 INTRODUÇÃO

A descriminalização do aborto é um dos temas mais polêmicos da atualidade e envolve não somente o aspecto jurídico, mas também aspectos morais, religiosos, éticos, médicos e de saúde pública. A discussão acerca desta matéria envolve, principalmente, o reconhecimento do aborto como uma questão de saúde pública e o conflito existente entre os direitos fundamentais da mulher e o direito à vida do feto.

No Brasil, o aborto é considerado crime e está previsto nos arts. 124 a 128 do Código Penal Brasileiro, havendo apenas duas hipóteses em que a prática do aborto é considerada atípica, quais sejam, no caso de gestação resultante de estupro e se houver risco à vida da gestante.

Apesar da criminalização da conduta, todos os anos são realizados milhares de abortos clandestinos no Brasil, em sua maioria, de forma insegura e precária, o que leva à morte de milhares de mulheres, principalmente de classes sociais mais baixas.

É possível constatar-se, então, a importância de um estudo mais aprofundado sobre esta matéria e da busca por soluções para este grave problema de saúde pública.

Para a realização deste trabalho científico, foram utilizadas fontes de natureza variada com o intuito de enriquecer a presente pesquisa. Desse modo, fizeram-se imprescindíveis as leituras de trabalhos de conclusão de curso, de dissertações de mestrado e de artigos científicos recentes, além da pesquisa doutrinária e legislativa.

O primeiro capítulo apresenta os conceitos e espécies de aborto sob o ponto de vista jurídico, faz uma breve bem como analisa o crime de aborto previsto no Código Penal Brasileiro nos arts. 124 a 128.

O segundo capítulo apresenta os conceitos e espécies de aborto sob o ponto de vista médico, bem como analisa o aborto como uma questão de saúde pública e expõe brevemente como, no âmbito internacional, legislações de diversos países tratam o aborto como um problema de saúde pública, o que levou a descriminalização dessa conduta até a 12ª semana de gestação.

O terceiro e último capítulo traz uma análise sobre duas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à descriminalização do aborto de anencéfalos e a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação. Ademais, é feita uma breve análise acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, que ainda está em andamento, proposta com o objetivo de que seja determinada pelo STF a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação.

2 ANÁLISE DO ABORTO SOB A ÓTICA JURÍDICA

A palavra aborto, quanto a sua etimologia, tem origem na palavra latina *abortus*, sendo esta derivada do termo também em latim *aboriri*, em que *ab* significa distanciamento e *oriri* significa nascer. Aborto, portanto, significa o ato de interrupção da gestação, impedindo que o feto venha a nascer.¹

2.1 Histórico do crime de aborto no mundo

O entendimento em relação à licitude da prática de aborto passou por diversos momentos distintos no decorrer da história mundial, sendo influenciado por aspectos não somente jurídicos, mas principalmente morais e religiosos.

A prática do aborto por meios físicos ou químicos já era documentada por antigas sociedades orientais desde o século XXVIII A.C. Algumas culturas adotavam métodos de aborto como pancadas no abdômen da gestante, os quais traziam alto risco de morte para a gestante.²

O Código Hitita, criado no século XIV a.C., considerava o aborto como crime desde que praticado por terceiros e a punição para tal conduta era o cumprimento de uma pena pecuniária cujo valor variava de acordo com a idade do feto. Ademais, o Código de Hamurabi, criado pela civilização babilônica no século V a.C., também considerava o aborto como crime caso fosse praticado por terceiro e, na hipótese de o procedimento resultar na morte da gestante, o filho do agente responsável pelo aborto é quem deveria cumprir a pena.³

De acordo com Fernando Capez⁴:

A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos. Em Roma, a Lei das XII Tábuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo a sua prática castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano,

¹ KOOGAN & HOUAISS. **Enciclopédia e dicionário ilustrado**. Rio de Janeiro: Seifer, 1999.

² GOULART Michel. **Uma breve história do aborto**. 2013. Disponível em: <https://historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

³ REBOUÇAS, Melina Séfora. **O aborto provocado como uma possibilidade na existência da mulher: reflexões fenomenológico-existenciais**. 2010. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/17463/1/MelinaSSR_DISSERT.pdf. Acesso em: 25 de abril de 2018.

⁴ CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. Vol. 2. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 130.

Constantino e Teodósio reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio.

Em 1869, a posição da Igreja Católica contra a prática de aborto tornou-se oficial com a declaração do papa Pio IV de que todos os abortos eram considerados assassinatos.

No século XIX, no auge da revolução científica, foram aprovadas muitas leis que proibiam a prática do aborto. No século XX, após a Revolução Sexual e o Movimento Feminista, porém, o aborto induzido tornou-se prática legal em muitos países do Ocidente. Ademais, muitos movimentos feministas surgiram, em meados do século XX, principalmente na Inglaterra e França, defendendo o uso de métodos anticonceptivos e o direito de abortar.

Destaca-se que a Rússia, após a Revolução de 1917, foi o primeiro país a descriminalizar o aborto apesar de haver ainda algumas restrições à prática, seguida pela Suécia e Dinamarca.⁵

A partir da década de 1960, as mulheres passaram a ter, principalmente, nos países do Ocidente, uma maior e mais relevante participação na sociedade, passando a lutar por seus direitos, inclusive o controle sobre o próprio corpo e sobre a possibilidade de realizar o aborto.

Nos dias atuais, poucos países proíbem totalmente a prática de aborto, tendo as legislações se adequando cada vez mais às contínuas mudanças dos interesses sociais e da sociedade em si e se tornando mais brandas principalmente nas duas últimas décadas. Ademais, muitos países têm passado a legislar sobre o aborto como uma questão de saúde pública, como será analisado no segundo capítulo deste trabalho científico.⁶

2.2 Histórico do crime de aborto no Brasil

No Brasil, há registro da prática de aborto desde a colonização. Apesar de tal conduta não ser bem vista ou aceita principalmente pela Igreja, até o ano de 1830, a legislação brasileira não previa o crime de aborto, pois o Estado entendia que a mulher poderia interromper uma gestação a qualquer tempo se assim desejasse ou precisasse, não sendo necessária autorização alguma para tanto.⁷

⁵ PACHECO, Eliana Descovi. **Elucidação sobre o aborto e sua evolução**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 40. 2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3949&re_vista_caderno=3. Acesso em: 28 de abril de 2018.

⁶ Ibid.

⁷ REBOUÇAS, Melina Séfora. **O aborto provocado como uma possibilidade na existência da mulher: reflexões fenomenológico-existenciais**. 2010. Disponível em:

Com o advento do Código Penal do Império de 1830, porém, o aborto passou a ser considerado crime contra a segurança das pessoas e da vida. Os arts. 199 e 200 do referido Código previam duas formas do crime de aborto, o aborto consentido e o aborto sofrido. O primeiro era referente ao caso de o agente provocar o aborto por qualquer meio com o consentimento da gestante. O segundo, por sua vez, tratava da conduta de oferecer drogas ou quaisquer outros meios para que o aborto fosse consumado.⁸

Observa-se que ambos os artigos previam crimes que poderiam ser cometidos por qualquer agente exceto a própria gestante. Conclui-se, assim, que a gestante era isenta de punição em qualquer hipótese, inclusive no caso de ela mesma provocar o aborto.

A partir de 1890, com o Código Penal da República, o aborto praticado pela gestante também passou a configurar crime. O aborto provocado por terceiros continuou sendo considerado crime, sendo determinada pena agravada caso o procedimento resultasse na morte da gestante. Além disso, o aborto realizado por médico ou parteira legalmente habilitada para salvar a vida da mulher passou a ser previsto como legal.

Por fim, o Código Penal Brasileiro de 1940, que está em vigor até o presente momento, definiu de forma mais clara o crime de aborto, classificando-o como crime contra a vida. Ademais, as formas de aborto foram especificadas nos arts. 124 a 128 do CPB, quais sejam, o aborto provocado pela própria gestante, o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, o aborto provocado por terceiro com a autorização da gestante e o aborto legal realizado por um médico em casos de estupro ou risco de vida da mulher.⁹

2.3 O aborto no Código Penal Brasileiro

Sobre o início da vida e a proteção desta pela lei penal, Rogério Greco¹⁰ explica:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (quatorze) dias após a fecundação. Assim, enquanto não houver a nidação não haverá possibilidade de proteção a ser realizada por meio da lei penal. Dessa forma, afastamos de nosso raciocínio inúmeras discussões relativas ao uso de dispositivos ou substâncias que seriam consideradas abortivas, mas que não têm o condão de

https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/17463/1/MelinaSSR_DISSERT.pdf. Acesso em: 28 de abril de 2018.

⁸ VIANA, Ana Carolina Noronha. **Aborto**. 2012. Disponível em: <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-81131ca1254fdc8d5c850670c8249e54.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

⁹ GOULART, Michel. **Uma breve história do aborto**. 2013. Disponível em:

<https://historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>. Acesso em 25 de abril de 2018.

¹⁰ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11ª ed. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2017. p. 526.

repercutir juridicamente, pelo fato de não permitirem, justamente, a implantação do óvulo já fecundado no útero materno. (...) Portanto, o início do parto faz com que seja encerrada a possibilidade de realização do aborto, passando a morte do nascente a ser considerada *homicídio* ou *infanticídio*, dependendo do caso concreto.

Dessa forma, sob a perspectiva jurídica, a vida tem início na concepção, mais especificamente quando ocorre a nidação, ou seja, quando o embrião fixa-se ao útero, começando, assim, o desenvolvimento embrionário ligado à mãe. A partir deste momento, a interrupção do processo pode ser caracterizada como aborto.

Paulo Roberto Silveira¹¹ entende que “do ponto de vista médico-legal, aborto é a interrupção da gravidez pela morte do produto da concepção, qualquer que seja seu período evolutivo, haja ou não a expulsão do conceito”.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio não define a prática de aborto de acordo com limites em relação à idade gestacional. Isto é, o aborto consiste na interrupção da gravidez com intuito de morte do conceito, independente do período em que se encontra a gestação, podendo, sob tal ponto de vista, ocorrer desde a nidação até o começo do parto.

O aborto pode ocorrer de forma espontânea ou provocada. O aborto espontâneo consiste em um processo natural devido a alterações patológicas maternas ou fetais, não sendo utilizado nenhum meio de indução para tanto. O aborto provocado, também conhecido como induzido, por sua vez, decorre da utilização deliberada de métodos medicamentosos ou cirúrgicos por parte da gestante, de um médico ou de terceiro para a remoção do feto durante o período de gestação, podendo estar dentro dos parâmetros legais ou não.¹²

Em relação aos possíveis meios utilizados para a realização do aborto, Júlio Mirabete¹³ assim sintetiza:

Os processos utilizados podem ser químicos, orgânicos, físicos ou psíquicos. São substâncias que provocam a intoxicação do organismo da gestante e o conseqüente aborto: o fósforo, o chumbo, o mercúrio, o arsênio (*químicos*), e a quinina, a estricnina, o ópio, a beladona *etc.* (*orgânicos*). Os meios *físicos* são os *mecânicos* (traumatismo do ovo com punção, dilatação do colo do útero, curetagem do útero, microcesária), *térmicos* (bolsas de água quente, escalda-pés *etc.*) ou *elétricos* (choque elétrico por máquina estática). Os meios *psíquicos* ou *morais* são os que agem sobre o psiquismo da mulher (sugestão, susto, terror, choque moral *etc.*)

¹¹ ROSA, Emanuel Motta. **O crime de aborto e o tratamento penal**. 2014. Disponível em: <https://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/139263291/o-crime-de-aborto-e-o-tratamento-penal>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

¹² ABCMED. 2013. **Aborto: o que é? Como é feito? Quais são os riscos? Como age a "pílula do dia seguinte"?**. Disponível em: <http://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/359669/aborto-o-que-e-como-e-feito-quais-sao-os-riscos-como-age-a-quot-pilula-do-dia-seguinte-quot.htm>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

¹³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. Vol. II. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 95.

Em relação à forma espontânea de aborto, não há previsão de tipo legal, pois neste caso, como explanado anteriormente, o aborto é resultado de alterações patológicas maternas ou fetais que causam a interrupção da gravidez e, conseqüentemente, a morte do embrião ou feto. Não resta configurada, assim, nenhuma conduta punível, sendo este um fato atípico.

A conduta de aborto em sua forma provocada, por sua vez, está tipificada no Código Penal Brasileiro em seus arts. 124 a 128 e é classificada como crime contra a vida.

Nesse sentido, Genival Veloso de França¹⁴ explica:

No direito brasileiro, a codificação penal distinguiu quatro formas de aborto, plenamente diferenciadas pela natureza do agente e pela existência ou não do consentimento da gestante: aborto provocado pela própria gestante, aborto provocado sem o consentimento desta, aborto provocado com o seu consentimento e, finalmente, o realizado pelo médico.

O art. 124 do CPB prevê como tipo penal a conduta de a gestante provocar em si mesma o aborto ou permitir que um terceiro assim o faça, com pena de 1 a 3 anos de detenção, sendo esta uma modalidade dolosa do crime de aborto.¹⁵

O sujeito ativo do delito, neste caso, é a gestante, enquanto o sujeito passivo é o embrião ou feto, uma vez que o objeto jurídico tutelado é a vida deste. Tal tipo admite ainda a participação de terceiro desde que este atua de forma secundária, isto é, apenas induzindo, auxiliando ou instigando a gestante a praticar o aborto. Caso um terceiro atue diretamente e provoque o aborto, o mesmo não será apenas partícipe, tornando-se autor do delito, o que está previsto nos arts. 125 e 126 do referido Código.

Há que se falar ainda que o tipo previsto no art. 124 é classificado como crime próprio, pois apenas um agente específico pode ser autor deste delito, neste caso, a gestante. Ademais, pode tratar-se de crime comissivo ou omissivo, isto é, provocado por uma ação ou uma omissão respectivamente.

O art. 125 do CPB estabelece como crime a conduta de provocar aborto sem o conhecimento e a autorização da gestante, com pena de 3 a 10 anos de reclusão, sendo esta outra modalidade dolosa do crime de aborto.¹⁶

Neste caso, o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, enquanto os sujeitos passivos são o embrião ou feto e a própria gestante, pois os objetos jurídicos aqui protegidos são a vida do embrião ou feto e a integridade física da mulher.

¹⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 376.

¹⁵ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm. Acesso em: 20 de maio de 2018.

¹⁶ Ibid.

O referido delito é classificado como crime comum, visto que pode ser praticado por qualquer pessoa exceto a própria gestante, podendo configurar crime comissivo ou omissivo. Neste caso, só há de se falar em omissão de pessoa que tenha o dever jurídico de impedir o resultado, qual seja, o aborto e a consequente morte do feto ou embrião e não o faz, como um médico contratado para tanto.

O art. 126 do CPB prevê a terceira e última modalidade dolosa do crime de aborto, tipificando a conduta de provocar aborto com o consentimento da gestante cuja pena é de 1 a 4 anos de reclusão. O parágrafo único deste dispositivo estabelece ainda que será aplicada a pena do art. 125, ou seja, 3 a 10 anos de reclusão, no caso de a gestante ser menor de 14 anos, ou ser alienada ou débil mental, ou ainda se o consentimento dado pela gestante for obtido por meio de fraude, grave ameaça ou violência.¹⁷

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, o que significa que o referido delito é classificado como crime comum. O embrião ou feto, por sua vez, configuram o sujeito passivo deste crime, visto que o objeto jurídico tutelado é a sua vida.

Faz-se mister ressaltar que o delito de aborto resta consumado com a efetiva morte do conceito, não sendo necessário que este seja efetivamente expulso do útero materno. Ademais, destaca-se que todas as modalidades dolosas acima expostas, por constituírem crime material, admitem a modalidade de crime tentado, além de crime consumado.¹⁸

Sobre o que dispõe o parágrafo único do art. 126 do CPB, Nucci¹⁹ explica:

(...) quando a vítima não é maior de 14 anos ou é alienada ou débil mental não possui consentimento válido, levando à consideração de que o aborto deu-se contra a sua vontade. Esse dispositivo é decorrência natural do enfoque que a lei penal concede ao menor de 14 anos (vide a incapacidade de consentimento para o ato sexual, demonstrada pelo art. 217-A, CP), incapaz de consentir validamente para certos atos. (...) quando o agente emprega violência, grave ameaça ou mesmo fraude, é natural supor que extraiu o consentimento da vítima à força, de modo que o aborto necessita encaixar-se na figura do art. 125.

O art. 127 do CPB prevê a forma qualificada do crime de aborto, determinando que as penas cominadas nos artigos 125 e 126 são aumentadas de 1/3 se a gestante sofre lesão corporal de natureza grave como consequência do aborto ou do meio utilizado para realizá-lo.

¹⁷ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 20 de maio de 2018.

¹⁸ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11ª ed. Niterói, RJ: Editora Impetus. 2017. p. 528

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2017. p. 469.

Além disso, este disposto estabelece ainda que, no caso de morte da gestante, as referidas penas são duplicadas.²⁰

Por fim, o art. 128 do CPB dispõe sobre os casos em que o aborto provocado por um médico não é punível: o aborto necessário quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e o aborto quando a gravidez resulta de estupro, ambos previstos nos incisos I e II respectivamente. Em ambos os casos, o único sujeito que pode praticar a referida conduta é um médico, sendo este o único profissional habilitado para fazê-lo.²¹

Este dispositivo, assim, trata da espécie de aborto provocada chamada de aborto permitido ou legal, o qual consiste no término forçado da gestação, resultando na morte do feto e é admitida por lei. Esta espécie divide-se em: aborto terapêutico e aborto sentimental.

O aborto terapêutico, também denominado de aborto necessário, corresponde ao tipo de aborto previsto no inciso I do artigo em análise e consiste na interrupção da gravidez realizada por recomendação médica, com o objetivo de salvar a vida da gestante. Trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade, uma vez que, neste caso, a vida da mulher encontra-se em risco.

Neste caso, há dois objetos jurídicos em conflito, quais sejam, a vida da gestante e a vida do feto ou embrião, tendo o legislador escolhido proteger a vida da gestante. Importante destacar que se prescinde do consentimento da gestante neste caso.

O aborto sentimental, também chamado de humanitário ou ético, por sua vez, previsto no inciso II do art. 128 do CPB, é referente aos casos em que a gestante foi vítima de estupro e, por isso, há uma autorização legal para interromper a gravidez, não sendo a mulher obrigada a manter o fruto da concepção criminoso.

Há de ressaltar-se que, neste caso, é imprescindível que haja a autorização da gestante para a prática do aborto. Na hipótese de tratar-se de incapaz, deve haver a autorização do representante legal.

Ademais, não é necessário que haja uma condenação ou um processo em andamento em relação ao crime de estupro para que a prática de aborto não seja punível de acordo com o inciso II do art. 128. Segundo Guilherme de Souza Nucci²²: “O importante é o fato e não o autor do fato. Por isso, basta o registro de um boletim de ocorrência e a apresentação do documento ao médico, que não necessita nem mesmo da autorização judicial.” Ressalta-se

²⁰ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm. Acesso em: 20 de maio de 2018.

²¹ Ibid.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2017. p. 470.

que há juristas que defendem ainda a desnecessidade de apresentação de um boletim de ocorrência, sendo suficiente a palavra da vítima para que possa ser realizado o procedimento abortivo.

É possível constatar-se que o legislador escolheu proteger a dignidade da gestante, vítima de um crime hediondo, sobrepondo a proteção à dignidade da pessoa humana em relação ao direito à vida do feto, conforme o seguinte julgado²³:

O Código Penal declara impunível o aborto praticado pelo médico com o consentimento da gestante vítima de estupro. Assim, fazendo o legislador, no exercício de suas atribuições constitucionais, a opção pelo interesse da dignidade humana em detrimento da manutenção da gravidez, ao magistrado compete, acionada a jurisdição, assumir a responsabilidade que lhe cabe no processo, fazendo valer a lei. Se a realidade evidencia que médico algum faria a intervenção sem a garantia de que nada lhe ocorreria, não tem como o magistrado cruzar os braços, sob o argumento de que só após, se instaurada alguma movimentação penal, lhe caberia dizer que não houve crime. Omissão dessa natureza implicaria deixar ao desabrigo a vítima do crime, jogando-a à própria sorte. Não há valores absolutos. Nem a vida, que bem pode ser relativizada, como se observa no homicídio praticado em legítima defesa, por exemplo. E nessa relativização ingressa também o respeito à dignidade da mulher estuprada. Ainda mais se, adolescente, com graves problemas mentais, vê agravada sua situação de infelicidade pelo fato de ser o próprio tio e padrasto o autor do crime, o que a colocou também em situação de absoluta falta de assistência familiar e de representação legal, exigindo abrigo e atuação de parte do Ministério Público. Manifestação do Ministério Público, autor da medida, indicada também pela área técnica do serviço do Município encarregado de dar atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência. (TJRS, Agr. Inst. 70018163246, Câmara de Medidas Urgentes Criminal, Rel. Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, j. 3/1/2007).

A modalidade culposa da conduta de provocar aborto não está prevista como tipo penal na legislação pátria, o que significa que, caso uma gestante, devido a comportamento culposos, venha a dar causa a interrupção de sua gravidez e à consequente morte do feto, o fato será considerado como um indiferente penal. Isto é, um fato que não está previsto no ordenamento jurídico como sendo típico, ilícito e culpável. Já o terceiro que, por conduta culposa, der causa ao abortamento, porém, responde por lesões corporais.

Ademais, sobre a possibilidade de falar-se em crime impossível em caso de aborto, Cezar Roberto Bitencourt²⁴ explica que há crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto, quando são praticados procedimentos abortivos em mulher que não está realmente grávida ou quando o feto está morto antes da prática de tal conduta. Há crime impossível também, por inadequação absoluta do meio, quando a medida utilizada para a realização do

²³ TJ-RS. 2007. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16037741/agravo-de-instrumento-ai-70018163246-rs>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. Vol. 2. 12ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. p. 409.

aborto for inteiramente inidônea, isto é, inadequada para produzir o resultado almejado, como no caso de utilizar-se substâncias absolutamente inócuas que não causem dano ao feto ou de recorrer-se a rezas e feitiçarias para tanto.

2.4 Espécies de aborto

Segundo Guilherme de Souza Nucci²⁵, o aborto pode ser classificado em seis espécies. Primeiramente, o aborto natural consiste na interrupção da gestação de maneira espontânea, sendo decorrente de causas patológicas, ou seja, neste caso, não há crime.

O aborto acidental, por sua vez, é referente à interrupção da gravidez por conta de causas externas e que causam algum trauma à gestante, tais como quedas e choques, não havendo crime.

O aborto criminoso configura a cessação forçada e voluntária da gravidez, causando a morte do embrião ou feto e tal conduta está tipificada no Código Penal como explanado anteriormente.

O aborto permitido ou legal consiste, o qual se divide em terapêutico e sentimental, conforme já explanado de forma detalhada anteriormente.

O aborto eugênico ou eugenésico, por outro lado, configura a interrupção da gravidez, causando a morte do embrião ou feto, para que a criança não nasça com graves defeitos genéticos. Neste caso, há controvérsia quanto ao fato de haver ou não crime.

Entre os possíveis casos de aborto eugênico destaca-se o aborto de anencéfalos, o qual deve ser analisado de forma mais detalhada. A anencefalia consiste como uma má formação fetal caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, entre os dias 23 e 28 da gestação o que inviabiliza a vida extrauterina do feto. A maioria dos anencéfalos consegue sobreviver por no máximo 48 horas fora do útero materno.²⁶

Sobre esta questão, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão pela qual autorizou o aborto de anencéfalos, uma vez que, devido à inviabilidade de sobrevivência do recém-nascido, não há vida passível de tutela penal. Tal decisão será analisada de forma mais detalhada no terceiro capítulo deste trabalho científico.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2017. p. 466.

²⁶ NOLASCO, Lincoln. **Aborto: aspectos polêmicos, anencefalia e descriminalização**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=11874. Acesso em: 22 de abril de 2018.

Ademais, a Resolução nº 1.989 do Conselho Federal de Medicina, datada de 10 de maio de 2012, estabeleceu os critérios que devem ser observados para que seja realizado o diagnóstico de anencefalia de modo apropriado. Assim, a possibilidade de interrupção da gravidez de acordo com os parâmetros legais só será reconhecida se for obedecido o que consta no seguinte artigo da referida Resolução²⁷:

Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter: I - duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável; II – laudo assinado por dois médicos capacitados para tal diagnóstico.

Assim, caso haja um diagnóstico inequívoco de anencefalia, o médico pode interromper a gravidez a pedido da gestante independentemente de prévia autorização judicial.

O aborto econômico-social, por fim, é referente à cessação da gestação, resultando na morte do feto, e se dá por razões sociais ou econômicas, quando a gestante não tem condições de cuidar do filho, por não receber assistência do Estado, por ter família numerosa ou até mesmo por política estatal. No Brasil, esta espécie de aborto é considerada crime.

Genival Veloso de França²⁸ apresenta mais uma espécie de aborto, o aborto por motivo de honra, também conhecido como aborto *honoris causa*, o qual consiste na interrupção de uma gestação indesejada ou ilegítima e a gestante teria direito a uma possível redução de pena pela prática de aborto.

Em relação a tal espécie de aborto, alguns doutrinadores chegaram a propor que fosse incluído no Código Penal Brasileiro de 1940 um artigo dispondo o seguinte texto: “Provocar aborto em si mesma, para ocultar desonra própria: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem provoca o aborto, com o consentimento da gestante, para ocultar-lhe a desonra”. A referida redação, porém, não foi incluída como dispositivo na legislação penal pátria.

²⁷ CFM. Resolução nº 1989. Disponível em:

http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf. (2012). Acesso em 22 de abril de 2018.

²⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 384.

3 ANÁLISE DO ABORTO COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Faz-se necessário observar que, sob a perspectiva médica, há diversas teorias a respeito do momento em que ocorre o início da vida. Há quem defenda que a vida começa a partir da fecundação, ou seja, no momento em que o óvulo é fertilizado pelo espermatozoide. Há também uma corrente que acredita que a vida tem início com a ocorrência da nidação, ou seja, quando o óvulo fecundado se fixa à parede do útero.²⁹

O entendimento predominante, entretanto, é o de que a vida começa com a formação do sistema nervoso central do feto, o que caracteriza o início da atividade cerebral do mesmo.³⁰

Independente de quando se dá, de fato, o início da vida, o aborto, de acordo com o Ministério da Saúde, consiste na interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana. Mais especificamente, segundo a Secretaria de Saúde do Estado do Paraná, o aborto configura a expulsão ou extração de um embrião ou feto pesando menos de 500g até a 20ª ou 22ª semana de gestação, independentemente ou não da presença de sinais vitais. Após esse período, fala-se em parto prematuro mesmo que ocorra a morte do feto.³¹

Ademais, o Parecer nº 24292 do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo complementa tal definição, estabelecendo que também pode ser considerada aborto a remoção de um feto que meça até 16,5 cm durante o período anteriormente apontado.³²

O aborto consiste, portanto, na interrupção precoce da gravidez, havendo um limite em relação ao referido período gestacional, e pode ocorrer de forma espontânea ou provocada.

Como explicado no primeiro capítulo, o aborto espontâneo consiste em um processo natural, enquanto o aborto provocado, também conhecido como induzido, por sua vez, decorre da utilização deliberada de métodos medicamentosos ou cirúrgicos por parte da gestante, de um médico ou de terceiro para a remoção do feto durante o período de gestação.³³

²⁹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética no início da vida**. 2010. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/viewFile/13499/12917>. Acesso em 06 de abril de 2018.

³⁰ CFM. **A vida não começa na fecundação**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20370:&catid=46. (1999). Acesso em: 09 de abril de 2018.

³¹ SECRETARIA DA SAÚDE. **Conceitos e definições**. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668>. Acesso em 12 de abril de 2018.

³² CREMESP. **Parecer nº 24292**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E3o%20Paulo&numero=24292&situacao=&data=00-00-2000>. (2000). Acesso em 14 de abril de 2018.

³³ ABCMED. **Aborto: o que é? Como é feito? Quais são os riscos? Como age a "pílula do dia seguinte"?**.. Disponível em: <http://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/359669/aborto-o-que-e-como-e-feito-quais-sao-os-riscos-como-age-a-quot-pilula-do-dia-seguinte-quot.htm>. (2013) Acesso em 16 de abril de 2018.

Tendo em vista que, no Brasil, grande parte dos abortos é realizada de forma clandestina, isto é, ilegal e, conseqüentemente, realizada por meios inseguros e insalubres, o aborto tem se tornado um dos maiores problemas de saúde pública do País.

3.1 Análise do aborto como questão de saúde pública no âmbito internacional

Um problema é classificado como sendo de saúde pública se apresentar os dois seguintes indicadores: acontecer frequente e significativamente e causar impacto para a saúde da população. No Brasil, estes dois indicadores são observados no que diz respeito à prática de aborto.³⁴

Muitos países têm tratado a prática do aborto como questão de saúde pública, o que tem resultado na descriminalização desta conduta, geralmente no estágio inicial da gestação, no âmbito internacional.

Ressalta-se que, em alguns países, para que possa ser realizado o procedimento abortivo, alguns requisitos procedimentais devem ser cumpridos, como avaliação psicológica e aconselhamento, para que a gestante possa tomar uma decisão consciente. Na Alemanha, por exemplo, a mulher que pretende abortar deve passar por uma consulta de aconselhamento e por um período de reflexão prévia de três dias antes de, de fato, realizar o procedimento abortivo.³⁵

Na América Latina, Cuba e Uruguai são os únicos países que já descriminalizaram a prática do aborto. Em Cuba, desde 1968, o aborto é permitido em qualquer situação e pode ser realizado gratuitamente no serviço de saúde público cubano desde que haja solicitação da gestante.³⁶

No Uruguai, desde 2012, o aborto é permitido em qualquer circunstância até a 12ª semana de gestação e, em casos de estupro, é permitido até a 14ª semana. Quando há risco para a saúde da gestante ou má formação do feto, porém, o procedimento abortivo pode ser realizado em qualquer período da gestação.³⁷

³⁴ DIP, Andrea. **Clandestinas**. 2013. Disponível em: <https://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

³⁵ STF. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

³⁶ ROCCELO, Marcelo. **Saiba como o aborto é regulamentado em sete países**. 2016. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35023/saiba+como+o+aborto+%2055%20e+regulamentado+em+sete+paises.shtml>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

³⁷ BENITEZ, Ana Paula Martin. **Aborto: uma questão de saúde pública**. 2015. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1490139/aborto-uma-questao-de-saude-publica---tcc-on-line>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

Destaca-se que, em 2013, após um ano de vigência da lei que descriminalizou a prática de aborto até a 12ª semana de gestação, o número de abortos, que era de aproximadamente 33.000, passou a ser de 4.000, e nenhuma morte materna por consequência de aborto foi registrada, pois o governo uruguaio, além de descriminalizar o aborto, passou a tratá-lo como uma questão de saúde pública e implementou políticas públicas de educação sexual e reprodutiva, planejamento familiar e uso de métodos anticoncepcionais.³⁸

Em contrapartida, na Argentina, assim como no Brasil, a legislação criminaliza o aborto, sendo tal conduta permitida somente em caso de risco à saúde ou à vida da gestante, bem como em caso de gestação decorrente de estupro. Segundo dados do Ministério da Saúde argentino, cerca de 500 mil abortos clandestinos são realizados no país a cada ano, geralmente por meio de procedimentos inseguros, sendo esta a principal causa de mortalidade materna na Argentina.³⁹

Nos Estados Unidos, por sua vez, o aborto passou a ser tratado como questão de saúde pública e foi legalizado em todo o território nacional em 1973 por uma decisão da Suprema Corte, podendo ser realizado somente com o consentimento da gestante e até a 24ª semana de gestação. A legislação referente ao aborto, porém, sofreu mudanças, sendo adequada por cada Estado-membro da Federação.⁴⁰

Na França, desde 1975, é permitida a prática de aborto por mulheres desamparadas com até 12 semanas de gestação, bem como a prática de aborto em qualquer fase da gestação se houver riscos à saúde e à vida da mulher. A legislação do país exige que haja acompanhamento e aconselhamento por parte de profissionais à mulher durante todo o processo.⁴¹

Ressalta-se que, no ano de 1974, antes da descriminalização, o número de abortos por ano, na França, era de mais de 300.000. No ano de 2012, segundo relatório da *Inspection Générale des Affaires Sociales* (Inspeção Geral para Assuntos Sociais), o número havia diminuído para cerca de 220.000 abortos por ano.⁴²

³⁸ DIP, Andrea. **Clandestinas**. 2013. Disponível em: <https://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

³⁹ BENITEZ, Ana Paula Martin. **Aborto: uma questão de saúde pública**. 2015. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1490139/aborto-uma-questao-de-saude-publica---tcc-on-line>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² SANTOS, Beatriz Carneiro. **Aborto, direitos reprodutivos e feminismo na França de Nicolas Sarkozy**. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100007. Acesso em: 20 de abril de 2018.

Na Inglaterra, desde 1990, o aborto até a 24ª semana de gestação não é considerado crime, desde que haja autorização de um médico e que seja realizado em um hospital adequado.⁴³

Em Portugal, por sua vez, desde 1984, a legislação descriminaliza a prática de aborto até a 12ª semana se a gravidez for resultado de estupro ou causar riscos de saúde à mulher, e até a 16ª semana se o feto apresentar má-formação genética. Recentemente, porém, foi aprovado um projeto de lei, de autoria do Partido Socialista do país, que permite a realização de procedimentos abortivos em hospitais públicos até a 10ª semana de gestação.

Na Espanha, o aborto é tratado como uma questão de saúde pública, sendo legal até a 14ª semana de gestação. Em 2013, porém, o governo espanhol tentou fazer uma reforma legislativa de modo que a prática de procedimentos abortivos fosse permitida apenas em casos de gestação decorrente de estupro e perigo grave à saúde física e psíquica da gestante. Mais de 70% população era contrária a tal reforma, o que levou à realização de diversos protestos pelo país e impediu que a referida reforma fosse aprovada.⁴⁴

Na Dinamarca e na Suécia, desde 1973 e 1975 respectivamente, não é considerado crime o aborto praticado até a 12ª semana de gravidez em casos de risco à saúde física e mental da gestante, sendo os gastos com o procedimento reembolsados pelo Estado.

Na China, o aborto não é criminalizado e pode ser realizado gratuitamente pelo sistema público de saúde para a mulher que o solicitar até o terceiro mês de gestação. Esta prática visa não só a garantir o direito à saúde física e psíquica da mulher, mas também a realizar controle demográfico.⁴⁵

No Japão, desde 1948, o aborto também é tratado como questão de saúde pública e não é considerado crime se for realizado até a 24ª semana de gestação, e, em qualquer período da gravidez, se houver riscos à saúde da mãe ou ainda por razões físicas e econômicas.

Ressalta-se que, na maioria dos países da África e da Ásia, assim como no Brasil e muitos outros países da América Latina, o aborto é criminalizado em qualquer período da

⁴³ PACHECO, Eliana Descovi. **Elucidação sobre o aborto e sua evolução**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 40. 2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3949&revista_caderno=3. Acesso em: 28 de abril de 2018.

⁴⁴ ROCCELO, Marcelo. **Saiba como o aborto é regulamentado em sete países**. 2016. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35023/saiba+como+o+aborto+%2055%20e+regulamentado+em+sete+paises.shtml>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

⁴⁵ PACHECO, Eliana Descovi. **Elucidação sobre o aborto e sua evolução**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 40. 2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3949&revista_caderno=3. Acesso em: 28 de abril de 2018.

gestação. Em alguns casos, há exceção, como gestação proveniente de estupro ou risco à vida da mulher, sendo permitida a interrupção voluntária da gravidez.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), aproximadamente 56 milhões de abortos são realizados por ano no mundo, e cerca de 21,6 milhões destes procedimentos abortivos são realizados de forma insegura e insalubre, o que resulta na morte de mais de 47 mil mulheres todos os anos. A maior parte destes abortos inseguros é realizada em países em desenvolvimento da África, Ásia e América Latina, inclusive no Brasil.

Ademais, destaca-se que aborto inseguro, ainda de acordo com a OMS, consiste a interrupção da gravidez praticada por um indivíduo sem prática, habilidade e conhecimentos necessários ou em ambiente sem condições de higiene.⁴⁶

De acordo com estudo realizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), a restrição ou proibição do aborto não reduz o número de procedimentos abortivos realizados todos os anos e, na verdade, contribui para aumentar a mortalidade materna em razão da prática de abortos clandestinos inseguros.⁴⁷

Além disso, destaca-se que, em países onde o aborto é completa ou parcialmente proibido, apenas um em cada quatro abortos é seguro. Em países onde o aborto é descriminalizado, por sua vez, nove entre dez procedimentos abortivos são realizados de maneira segura. Além disso, nestes países, geralmente, costuma haver uma queda no número de procedimentos abortivos, devido à implementação de políticas de planejamento reprodutivo efetivas.⁴⁸

Ainda de acordo com dados da ONU, as restrições em relação à prática do aborto estão relacionadas ao grau de desenvolvimento dos países. Constata-se, assim, que a maior parte dos países democráticos e desenvolvidos do mundo trata o aborto como questão de saúde pública e, conseqüentemente, descriminaliza a interrupção voluntária da gestação durante a fase inicial da gestação, como Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.⁴⁹

⁴⁶ ONUBR. **OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>. (2017). Acesso em: 25 de abril de 2018.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ STF. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

3.2 O aborto clandestino no Brasil

Faz-se mister, desde logo, esclarecer que a criminalização do aborto no Brasil não impede que muitas mulheres realizem procedimentos abortivos de forma clandestina por meio de procedimentos cirúrgicos ou de medicamentos em clínicas particulares, em suas residências assistidas por médicos particulares ou por conta própria.⁵⁰

De acordo com a Pesquisa Nacional do Aborto 2016 coordenada pelos pesquisadores Debora Diniz, Marcelo Medeiros e Alberto Madeiro, realizada pela Anis - Instituto de Bioética e pela Universidade de Brasília e financiada pelo Ministério da Saúde, que entrevistou 2000 mulheres entre 18 e 39 anos, uma em cada cinco mulheres no Brasil já realizou pelo menos um procedimento abortivo. Por aproximação, a pesquisa constatou, então, que 4,7 milhões de mulheres brasileiras, até o ano de 2016, já abortaram ao menos uma vez. Ademais, apenas no ano de 2015, estima-se que meio milhão de mulheres, no Brasil, tenha realizado procedimentos abortivos, majoritariamente de forma clandestina.⁵¹

Ainda segundo a referida pesquisa, cerca de 50% dos abortos praticados no Brasil ocorre pelo uso de medicamentos abortivos, sendo este o método mais procurado pelas mulheres brasileiras. Destaca-se que o medicamento Misoprostol, recomendado pela OMS para a realização de abortos seguros, é o mais utilizado no País.⁵²

Tais dados demonstram que cada vez menos mulheres procuram clínicas clandestinas para realizar procedimentos abortivos, devido ao receio de serem denunciadas judicialmente pela prática desta conduta tida como criminosa pela legislação pátria. Além disso, temem também sofrer preconceito ou algum tipo de hostilidade ao praticarem tais procedimentos.

Segundo Bela Ganatra, cientista do Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa da OMS, quando mulheres não apresentam condições financeiras de ter acesso a serviços eficientes para realização de um aborto seguro, pode haver sérias consequências para a própria saúde, como hemorragias, ferimentos e infecções, podendo inclusive resultar em sua morte.⁵³

⁵⁰ DAGER, Amanda Rodrigues. **A descriminalização do aborto no Brasil**. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil,589539.html>. Acesso em: 14 de maio de 2018.

⁵¹ DINIZ, Debora, et al. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

⁵² Ibid.

⁵³ ONUBR. **OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>. (2017). Acesso em: 17 de maio de 2018.

A criminalização do aborto no Brasil, portanto, pune principalmente mulheres pertencentes a classes sociais mais baixas, que não tem como para arcar com os altos custos de um procedimento clandestino seguro.

Destaca-se que, nos dias atuais, abortos são a quinta causa de mortalidade materna no Brasil, sendo estimado que uma mulher morra a cada dois dias em consequência de um aborto realizado de forma clandestina em condições precárias, insalubres e inseguras.

O Estado, porém, não tem tomado medidas eficazes para o enfrentamento do problema, escolhendo manter a discussão acerca do aborto, prioritariamente, no campo jurídico ainda sendo tratado apenas como crime e influenciada por questões de cunho religioso e moral.

Nesse sentido, explica a pesquisadora Debora Diniz⁵⁴:

(...) o problema de saúde pública chama a atenção não só por sua magnitude, mas também por sua persistência. As políticas brasileiras, inclusive as de saúde, tratam o aborto sob uma perspectiva religiosa e moral e respondem à questão com a criminalização e a repressão policial. A julgar pela persistência da alta magnitude, e pelo fato do aborto ser comum em mulheres de todos os grupos sociais, a resposta fundamentada na criminalização e repressão tem se mostrado não apenas inefetiva, mas nociva. Não reduz nem cuida: por um lado, não é capaz de diminuir o número de abortos e, por outro, impede que mulheres busquem o acompanhamento e a informação de saúde necessários para que seja realizado de forma segura ou para planejar sua vida reprodutiva a fim de evitar um segundo evento desse tipo.

Assim, para que esse problema de saúde pública seja minimizado no Brasil, isto é, para que sejam evitadas gestações indesejadas e abortos inseguros, faz-se necessária a adoção de políticas públicas que assegurem a mulheres de todas as classes sociais o acesso à educação sexual, a métodos contraceptivos, a programas públicos de aconselhamento para planejamento familiar e à possível prática de aborto seguro e legal. Constata-se ainda que a descriminalização do aborto nas primeiras semanas de gestação pode ser o primeiro passo para a solução deste grave problema de saúde pública.

3.3 A descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação como solução

No âmbito da reforma do Código Penal Brasileiro, em tramitação desde junho de 2012 no Congresso Nacional sob a denominação de PSL nº 236/2012, foi apresentado em março de 2013 um parecer elaborado pelos Conselhos Federais de Medicina e Psicologia, que propõe a

⁵⁴ CFM. **CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação.** Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3. (2013). Acesso em: 03 de maio de 2018.

descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, como uma solução para este problema de saúde pública.

Os profissionais responsáveis pela elaboração do parecer entendem que, até o referido período, o embrião ainda não tem sistema nervoso central formado, isto é, ainda não há atividade cerebral, e, conseqüentemente, não há possibilidade de sobrevivência extrauterina. Não há que se falar, assim, em direito a vida do feto, devendo ser priorizado o direito à autonomia da mulher. Esta deve ter seu direito assegurado para decidir sobre a continuidade ou a interrupção da gestação até o primeiro trimestre, como é estabelecido nas legislações de outros países.⁵⁵

Ademais, um dos fatores que levou o Conselho Federal de Medicina (CFM) a defender tal mudança no Código Penal Brasileiro diz respeito ao princípio da justiça, tendo em vista as mulheres de classe média e alta conseguem interromper suas gravidezes com segurança, enquanto as pobres se arriscam e sofrem as conseqüências de abortos mal feitos.⁵⁶

Ademais, Roberto Luiz d'Avila⁵⁷, presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM), assim explica “defendemos que a mulher tenha autonomia sobre seu corpo até um determinado tempo da gestação. Mas, em nenhum momento, seremos favoráveis ao uso do aborto como método contraceptivo.”

Portanto, a categoria médica, predominantemente, defende a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação como uma solução para este problema de saúde pública, tendo em vista que são muito altos os riscos à saúde e à vida da gestante decorrentes da prática de aborto de forma clandestina.

Nesse sentido, Rulian Emmerick⁵⁸ defende que seja feita urgentemente uma revisão da legislação pátria repressiva e punitiva relativa ao aborto, devendo o Estado passar a tratar desta matéria como um problema de saúde pública, bem como de justiça social. Ademais, segundo o autor, criminalizar o aborto nas primeiras semanas de gestação consiste em uma grave violação aos direitos fundamentais das mulheres, como o direito a autonomia, saúde física e psíquica, igualdade de gênero, entre outros, o que será analisado de forma mais detalhada no terceiro capítulo deste trabalho científico.

Destaca-se ainda que, desde março de 2015, está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei ° 882/2015 de autoria do Deputado Federal Jean Willys do PSOL-

⁵⁵ CFM. **CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação.**

Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3. (2013) Acesso em: 03 de maio de 2018

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen Júris Editora, 2008. p. 223.

RJ, o qual propõe a reforma do art. 128 do Código Penal de 1940, de modo que passe a ter a seguinte redação⁵⁹:

Art. 128. Não há crime de aborto: I - se houver risco à vida ou à saúde da gestante; II - se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; III - se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou IV - se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

O referido Projeto de Lei propõe, assim, que sejam acrescentadas duas excludentes de ilicitude ao art. 128 do CPB correspondentes ao inciso III, o qual trata da descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, e ao inciso IV correspondente a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, como defendido por muitos médicos e juristas.

⁵⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

4 ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Duas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à interrupção voluntária da gestação demonstram que o entendimento sobre a criminalização da prática do aborto no Brasil está mudando e aproximando-se cada vez mais do entendimento de outros países onde o aborto é tratado como uma questão de saúde pública, e, conseqüentemente, é descriminalizado se realizado nas primeiras semanas de gravidez. Tais decisões serão analisadas a seguir.

4.1 Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à descriminalização do aborto de fetos anencéfalos: um estudo de caso da ADPF 54

Em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde do Brasil ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) perante o Supremo Tribunal Federal, requisitando que o aborto de feto anencéfalo não fosse considerado crime, uma vez que, nesse caso, não há vida em potencial a ser protegida, pois fetos anencéfalos não apresentam capacidade de sobrevivência extrauterina.

Ressalte-se, desde logo, que feto anencéfalo, de acordo com Maria Helena Diniz⁶⁰, é aquele que “por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e uma parcela do tronco encefálico”.

Ainda sobre a anencefalia, Miryan Vilia Lança Alberto⁶¹, bióloga da Universidade de São Paulo (USP), explica:

A anencefalia é uma malformação congênita originada de uma neurulação anormal que ocorre entre o 23º e 28º dias de gestação resultando na ausência de fusão das pregas neurais e da formação do tubo neural na região do encéfalo. Trata-se então da forma letal mais comum do Sistema Nervoso Central, onde o feto anencéfalo a termo pode ser natimorto ou viver por algumas horas ou dias. No Brasil a incidência é de cerca de 18 casos para cada 10.000 nascidos vivos. (...) Relatos mostram que na anencefalia em humanos, o encéfalo posterior aparece como uma massa vasculo esponjosa (estroma angiomatoso) na base do crânio, com ausência simétrica da calvária acima das órbitas. Quando o defeito do fechamento do tubo neural é extenso, pode estar associada a raquisquise. Um feto anencefálico a termo pode ser

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 281.

⁶¹ ALBERTO, Miryan Vilia Lança, et al. **Anencefalia: Causas de uma malformação congênita**. 2009. Disponível em: <http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf>. Acesso em: 27 de maio de 2018.

natimorto ou pode viver por algumas horas ou dias, estando os hemisférios cerebrais ausentes, dando uma aparência afundada à cabeça; o diencéfalo e o mesencéfalo podem estar ausentes também, já a hipófise na maioria das vezes está presente, embora seja muito pequena, sendo que a causa imediata da anencefalia trata-se da falência no crescimento do telencéfalo.

Em julho de 2007, o relator da ação, Ministro Marco Aurélio, concedeu, em decisão monocrática, medida cautelar, declarando que não haveria crime nesses casos e determinou a suspensão dos processos que versassem sobre tal matéria.

O Pleno do STF, três meses após a referida decisão do relator, cassou a liminar concedida, porém manteve a ordem de que os processos que tratassem desta matéria continuassem suspensos.

A matéria foi a julgamento somente em abril de 2012 com relatoria do Ministro Marco Aurélio. Por maioria dos votos e nos termos dos votos do relator, o Supremo Tribunal Federal declarou ser inconstitucional a interpretação de que a interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo é conduta criminosa prevista nos arts. 124 a 126 do CPB.⁶²

Assim, restou decidido que tal conduta é atípica, não sendo passível de punição a gestante que optar pela interrupção da gravidez nem o médico que realizar o procedimento. Além disso, não é necessária qualquer autorização judicial para tanto, sendo suficiente o diagnóstico de anencefalia do feto para que o procedimento de interrupção da gestação possa ser realizado.

Ademais, o diagnóstico de anencefalia, como exposto no primeiro capítulo deste trabalho científico, deve ser realizado de acordo com os critérios estabelecidos no art. 2º da Resolução nº 1.989 do Conselho Federal de Medicina, datada de 10 de maio de 2012. Deve ser feito, portanto, um exame ultrassonográfico a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação, o qual deve conter duas fotografias identificadas e datadas, uma com a face do feto em posição sagital e a outra com a visualização do polo cefálico no corte transversal, para que a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral seja identificável de forma apropriada; e um laudo assinado por dois médicos capacitados para constatação do diagnóstico.⁶³

Ressalta-se que a referida decisão do STF, por tratar-se de acórdão resultante de uma ação do controle concentrado de constitucionalidade, tem efeitos vinculantes *erga omnes*, isto é, obriga a todos. Isto é, todos os processos judiciais relativos a esta matéria devem ser decididos de acordo com o referido posicionamento do STF. Ademais, as decisões

⁶² STF. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>
Acesso em: 20 de maio de 2018.

⁶³ CFM. Resolução 1989. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf.
(2012). Acesso em: 22 de abril de 2018.

condenatórias que, eventualmente tenham sido proferidas antes do acórdão, podem ser desconstituídas mediante Habeas Corpus ou Revisão Criminal.⁶⁴

4.1.1 A inconstitucionalidade da criminalização do aborto de anencéfalos

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio⁶⁵ explica:

Na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, (...) a resposta é desenganadamente negativa.

O Ministro relator destacou a laicidade do Estado brasileiro, prevista na CRFB de 1988, frisando que a discussão sobre a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária de gravidez de feto anencéfalo não pode ser influenciada por posicionamentos de cunho moral ou religioso.

Em relação ao fato de não haver menção da anencefalia no Código Penal Brasileiro como excludente de tipicidade, o Ministro argumentou que o Código Penal hoje vigente foi editado e publicado nas décadas de 30 e 40, quando ainda não existiam os recursos médicos e técnicos necessários para a identificação prévia desse tipo de anomalia fetal. Nos dias atuais, porém, tais recursos existem e apresentam a possibilidade de se realizar um diagnóstico preciso da referida anomalia.

O Ministro Marco Aurélio⁶⁶ afirmou ainda que “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”.

De fato, os direitos e garantias fundamentais da mulher, como dignidade da pessoa humana, liberdade sexual e reprodutiva, autonomia, privacidade, saúde e integridade física, psicológica e moral, todos previstos na Constituição devem prevalecer em detrimento do direito à vida de um feto que não apresenta chances de sobrevivência extrauterina.

Portanto, não deve caber ao Estado, mas sim à mulher decidir sobre a interrupção ou não da gestação de feto anencéfalo, devendo ser respeitados seus direitos fundamentais como os citados anteriormente.

⁶⁴ GOMES, Luiz Flavio. **Aborto anencefálico: não é crime (decide o STF)**. 2012. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928488/aborto-anencefalico-nao-e-crime-decide-o-stf>. Acesso em: 17 de maio de 2018.

⁶⁵ STF. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

⁶⁶ Ibid.

Faz-se mister destacar o posicionamento do Ministro Luiz Fux⁶⁷, o qual afirmou que “impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal efetivamente equivale a uma tortura, vedada pela Constituição Federal”. Além disso, com base em dados científicos que demonstram que a expectativa de vida de fetos anencéfalos fora do útero é muito curta e que o diagnóstico de anencefalia apresenta praticamente absoluta precisão, o Ministro defendeu a importância de se proteger prioritariamente a saúde física e psíquica da gestante e sua autonomia para deliberar sobre a interrupção da gestação, o que, conseqüentemente, protege a dignidade humana da mulher.

É possível constatar-se, portanto, que no caso de gestação de feto anencéfalo, a decisão sobre continuar ou interromper a gravidez deve ser da mulher, e não do Estado. Afinal, não há que se falar em direito à vida do feto, uma vez que este não apresenta capacidade de sobrevivência extrauterina. A criminalização do aborto de anencéfalos, portanto, é inconstitucional, devendo ser protegidos, prioritariamente, os direitos fundamentais da mulher.

4.2 Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação: um estudo de caso do HC 124.306

Em março de 2013, na cidade de Duque de Caxias-RJ, a Polícia Civil recebeu denúncias anônimas sobre a prática de abortos em uma clínica clandestina, o que resultou na prisão em flagrante de cinco pessoas acusadas pelos crimes de provocar aborto com o consentimento da gestante, conduta prevista no art. 126 do CPB, e de associação criminosa, conduta prevista no art. 288 do CPB.

No decorrer do processo, o juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias-RJ deferiu o pedido de liberdade provisória feito pelos réus com a justificativa de que, mesmo que os acusados fossem futuramente condenados, devido às circunstâncias dos crimes, eles não iriam cumprir a pena imposta em regime fechado.

Um ano depois, em fevereiro de 2014, porém, devido a um recurso em sentido estrito apresentado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a referida decisão do juízo de primeiro grau e,

⁶⁷ STF. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

acolhendo o recurso interposto, entendeu por não deferir o pedido de liberdade provisória dos acusados e determinou a prisão preventiva dos mesmos.⁶⁸

A defesa dos réus, então, impetrou Habeas Corpus (HC 290.341) perante o Superior Tribunal de Justiça. A Sexta Turma do STJ, com relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, não conheceu do HC e decidiu manter a decisão proferida pelo TJ-RJ, ou seja, manter a prisão preventiva dos acusados.

A defesa de Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira recorreu, por fim, ao Supremo Tribunal Federal por meio da impetração de um novo habeas corpus (HC nº 124.306), alegando não estarem presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal, uma vez que os réus eram primários, tinham bons antecedentes, tinham trabalho e residência fixa em Duque de Caxias (RJ), não houve qualquer tentativa de fuga dos acusados durante o flagrante e a prisão preventiva configurava medida desproporcional, uma vez que eventual condenação dos réus não teria a pena cumprida em regime fechado.

Em dezembro de 2014, o relator da ação, o Ministro Marco Aurélio, concedeu, então, a medida liminar pleiteada aos dois pacientes do HC. E, em junho de 2015, estendeu os efeitos da referida decisão aos três corréus do processo criminal em andamento, Débora Dias Ferreira, Jadir Messias da Silva e Carlos Eduardo de Souza e Pinto.⁶⁹

Em agosto de 2016, iniciado o julgamento, o relator proferiu seu voto a favor de tornar definitiva a medida cautelar anteriormente concedida, e, conseqüentemente, a favor da admissão do HC impetrado, afirmando não terem sido atendidos os requisitos para manutenção da prisão preventiva dos acusados e não haver risco à ordem pública ou a investigação.

O Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista antecipada dos autos e realizou análise detalhada da matéria e do caso concreto.⁷⁰ Primeiramente, entendeu que o Habeas Corpus impetrado, substitutivo de recurso ordinário constitucional, não era a medida adequada para contestar a decisão relativa à manutenção da prisão preventiva dos acusados, o que deveria levar à extinção do processo sem resolução de mérito. Devido à relevância do caso, porém, votou por conceder a ordem de ofício e, assim, determinar o fim da prisão preventiva em questão.

⁶⁸ STF. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

⁶⁹ STF. 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

⁷⁰ Ibid.

Os Ministros Rosa Weber e Edson Fachin acompanharam o voto de Barroso, enquanto os demais Ministros não se pronunciaram sobre a matéria.

O primeiro argumento utilizado pelo Ministro Barroso para justificar seu voto foi o fato de não haver elementos individualizadores que demonstrassem a necessidade de manter-se a prisão preventiva dos pacientes e corréus. A decisão que determinou tal medida cautelar teve como base apenas a gravidade abstrata do crime previsto no art. 126 do CPB, e não a gravidade do caso concreto. Ademais, o Ministro ressaltou que não foram preenchidos os requisitos descritos no art. 312 do CPP como evidenciado pelo Ministro relator da ação.⁷¹

O segundo argumento utilizado pelo Ministro Barroso diz respeito à inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, o que será ser analisado de forma mais detalhada no presente capítulo.

O Ministro entende que a tipificação penal da prática de aborto prevista nos arts. 124 a 126 do CPB viola direitos fundamentais da mulher previstos na Constituição Federal de 1988 ao criminalizar a conduta de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

O Ministro Barroso⁷², entretanto, não incentiva de maneira nenhuma o aborto e explica:

O aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro.

Assim, cabe ressaltar que, ao defender-se a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, não se está defendendo, de maneira alguma, a prática frequente e banalizada desta conduta.

4.2.1 Violação aos direitos fundamentais da mulher

De fato, diversos são os direitos fundamentais das mulheres violados com a criminalização do aborto, como a autonomia, saúde, liberdade, integridade, igualdade e segurança.

A criminalização do aborto viola, primeiramente, a autonomia da mulher, que está protegida pelo princípio da dignidade humana previsto no art. 1º, III, da CRFB de 1988. A

⁷¹ STF. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

⁷² Ibid.

autonomia consiste na autodeterminação do indivíduo, isto é, no direito de toda e qualquer pessoa, independente de ser homem ou mulher, fazer escolhas básicas sobre a própria vida.

A mulher, então, de acordo com a Constituição Federal, deve ter autonomia sobre o próprio corpo e deve poder decidir sobre o que é melhor para si mesma, inclusive em relação à interrupção de uma gravidez. O Estado não deveria ter o poder de realizar tal escolha pela mulher, devendo esta ter o direito de escolher, nas primeiras semanas de gestação, se quer dar continuidade à gravidez.

A criminalização afeta também o direito à integridade física e psíquica da mulher previsto no art. 5º, *caput* e III, da CRFB de 1988, o qual está relacionado ao direito à saúde e à segurança. A integridade física da mulher é afetada, uma vez que o corpo da gestante passa por diversas transformações durante a gravidez, podendo haver inclusive riscos para a saúde da mesma no decorrer da gestação. A integridade psíquica da mulher também é violada, pois esta pode vir a apresentar traumas psicológicos por ser coagida pela legislação penal pátria a submeter-se a uma gravidez indesejada ou inviável.

A criminalização da prática de aborto prevista no Código Penal Brasileiro também viola os direitos sexuais e reprodutivos da mulher. A mulher deve ter o direito de decidir como e quando deseja ter filhos, sem qualquer tipo de violência, discriminação ou coerção por parte do Estado ou qualquer indivíduo.

Nesse sentido, a Constituição Federal em seu art. 226, § 7º assim estabelece⁷³:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A mulher, portanto, tem assegurado pela CRFB/88 o direito de realizar seu planejamento familiar, o que significa que ela pode decidir quando deseja e pode ter filhos, sem que o Estado a obrigue a manter uma gravidez indesejada ou inviável por meio da criminalização do aborto.

Há ainda violação à igualdade de gênero, uma vez que sempre houve uma subordinação histórica das mulheres em relação aos homens e aos padrões e regras por eles impostos, como a proibição legal da prática de aborto. A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, I, a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.⁷⁴ Tendo em vista que a mulher é quem engravida e, conseqüentemente, é quem tem que enfrentar todas as transformações

⁷³ BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de maio de 2018.

⁷⁴ Ibid.

físicas e psicológicas que ocorrem nesse período, deveria ser direito unicamente da mulher decidir sobre dar continuidade ou interromper a gestação.

O Ministro Barroso⁷⁵ explica ainda:

Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, “se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta.”

A criminalização do aborto também causa discriminação social e um impacto desproporcional em mulheres pobres, uma vez que as mulheres de classes sociais baixas não apresentam condições financeiras para ter acesso a médicos e clínicas particulares como mulheres de classes sociais mais altas, nem podem recorrer ao sistema público de saúde para realizar o procedimento de aborto, uma vez que tal conduta configura tipo penal.

Nesse sentido, o Ministro Barroso⁷⁶ assim explica:

Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.

De fato, como exposto no capítulo anterior, as mulheres pertencentes a classes sociais baixas são as mais prejudicadas pela criminalização da prática de aborto. Primeiramente, estas mulheres, geralmente, têm acesso mais limitado à educação sexual. E, no caso de uma gravidez indesejada ou inviável, as mesmas não têm acesso a clínicas e médicos particulares que realizem procedimentos seguros, pois não tem como arcar com os custos. Assim, tais mulheres, as quais não podem recorrer ao Sistema Público de Saúde diante da criminalização do aborto, tem que se submeter a procedimentos abortivos inseguros e de risco, o que, muitas vezes, resulta em morte.

Assim, diante de tantos direitos fundamentais das mulheres violados pela criminalização do aborto em qualquer período da gestação, é possível constatar-se que, de fato, tal criminalização é inconstitucional.

Nesse sentido, posiciona-se Guilherme Nucci⁷⁷ afirmando que:

⁷⁵ STF. 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

⁷⁶ Ibid.

Certa intervenção do estado na esfera do particular é sim necessária e útil dentro do que propõe o próprio conceito de estado e de liberdade individual. Ocorre que esta intervenção deve sempre respeitar os direitos da pessoa e sua dignidade aos moldes do que prega um Estado Democrático de Direito.

Tal posicionamento, quando aplicado à discussão sobre a descriminalização do aborto, leva ao entendimento de que, apesar de haver necessidade de intervenção do Estado na esfera particular, esta intervenção não pode violar os direitos fundamentais das mulheres assegurados pela Constituição Federal.

Assim, entende-se que deve haver uma mudança na legislação penal que descriminalize a realização de procedimentos abortivos no primeiro trimestre da gestação como defendido pela decisão do Supremo Tribunal Federal em análise. Neste período, como exposto anteriormente, não há ainda o direito à vida do feto, uma vez que o mesmo não apresenta capacidade de sobrevivência extrauterina.

4.2.2 O princípio da proporcionalidade

A criminalização do aborto até o terceiro mês de gravidez viola ainda o princípio da proporcionalidade, como exposto em seu voto pelo Ministro Barroso.

O princípio da proporcionalidade visa a solucionar conflitos entre direitos fundamentais, analisando o caso concreto para evitar resultados desproporcionais. No caso do aborto, o conflito se dá entre os direitos fundamentais da gestante e o direito à vida do feto.

Nesse sentido, Sergio Gilberto Porto⁷⁸ esclarece:

Nesta medida, o princípio da proporcionalidade (...) tem por escopo - como sua designação deixa antever - a vontade de evitar resultados desproporcionais e injustos, baseado em valores fundamentais conflitantes, ou seja, o reconhecimento e a aplicação do princípio permite vislumbrar a circunstância de que o propósito constitucional de proteger determinados valores fundamentais deve ceder quando a observância intransigente de tal orientação importar na violação de outro direito fundamental ainda mais valorado.

Assim, por meio do princípio da proporcionalidade, é possível identificar, no caso concreto, qual direito fundamental deve prevalecer por encontrar-se mais ameaçado de sofrer uma lesão caso venha a ceder frente a outro direito fundamental prevalecer.⁷⁹

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 230.

⁷⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, n. 22, ano 4, 2003.

⁷⁹ SILVA, Clarissa Paiva Guimarães e. **O aborto à luz do princípio da proporcionalidade**. 2017. Disponível em: <https://seer.ufmg.br/index.php/revce/article/download/6360/4827>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

Tal princípio consiste, portanto, em uma forma de interpretar e aplicar direitos fundamentais e é dividido pela doutrina em três subprincípios: o de adequação, o de necessidade e o de proporcionalidade em sentido estrito.⁸⁰

O subprincípio da adequação versa sobre a compatibilidade entre o fim pretendido e os meios utilizados para alcançar tal fim. No caso do aborto, o fim pretendido é a proteção ao direito à vida do feto e o meio utilizado para tanto é a criminalização do aborto. Tal meio, porém, não tem se mostrado adequado ou eficiente para cumprir seu objetivo, tendo em vista que abortos clandestinos são realizados todos os anos no Brasil. E mais, tais abortos são realizados, muitas vezes, de forma insegura, insalubre e precária, trazendo riscos à saúde e à vida da mulher.

Nesse sentido, assim explica o Ministro Barroso⁸¹:

Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização.

A criminalização do aborto, portanto, não é capaz de evitar, de fato, a prática de abortos no País, apenas garante mais segurança e autonomia às mulheres.

Em relação ao subprincípio da necessidade, afirma-se que uma medida restritiva de direito fundamental é necessária quando o fim almejado não pode ser alcançado por medida diversa. No caso do aborto, o fim pretendido, ou seja, a proteção ao direito à vida do feto, não deve ser alcançado pela criminalização do aborto, mas sim pela aplicação de outras medidas que produzam menor restrição aos direitos fundamentais das mulheres.

De fato, como analisado anteriormente, a criminalização do aborto viola diversos direitos fundamentais da mulher, como a autonomia, a integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero além de causar um impacto discriminatório sobre as mulheres de classes sociais mais baixas.

Uma medida alternativa à criminalização do aborto implementada em diversos países, como analisado no segundo capítulo deste trabalho científico, é a descriminalização do aborto no estágio inicial da gestação, em regra, até o terceiro mês quando ainda não há que se falar

⁸⁰ RAMOS, Diego da Silva. **O princípio da proporcionalidade**. 2011. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em 02 de junho de 2018.

⁸¹ STF. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

em direito à vida do feto, pois ainda não houve a formação do sistema nervoso central do mesmo.⁸²

Ademais, sobre a implementação de medidas alternativas, o Ministro Barroso⁸³ assim complementa:

Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, é relacionado à ponderação, ao sopesamento entre princípios, pois na medida em que, ao se garantir um direito, muitas vezes é preciso restringir-se outro. No caso do aborto, a criminalização desta conduta gera restrições aos direitos fundamentais das mulheres que não são compensadas pela proteção à vida do feto, uma vez que esta não resta, de fato, protegida, tendo em vista a realização frequente de procedimentos abortivos de forma clandestina.

Nesse sentido, o Ministro Barroso⁸⁴ assim explica:

De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. 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. (...) De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização.

⁸² STF. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

Assim, constata-se que, como não é assegurada uma proteção adequada nem para os direitos fundamentais das mulheres nem para o direito à vida do feto, há que se falar na seguinte solução: o aborto deveria ser descriminalizado até o terceiro mês de gestação quando ainda não há que se falar em direito à vida do feto, pois, como já explicado, o sistema nervoso central do mesmo ainda não foi formado. A partir do quarto mês, porém, quando o feto já se encontra em um estágio de desenvolvimento mais avançado, é possível admitir-se a criminalização da interrupção voluntária da gestação.

Por fim, destaca-se ainda o que explica José Henrique Rodrigues⁸⁵ a seguir:

A criminalização do aborto está violando os princípios jurídicos e democráticos da idoneidade (a criminalização deve ser útil para enfrentar o problema social que pretende arrostar), da subsidiariedade (a criminalização somente deve ser adotada como última alternativa, quando não houver medidas mais eficazes para o enfrentamento do problema que a inspirou) e da racionalidade (a manutenção da criminalização não se justifica quando os danos sociais dela decorrentes tornam-se mais graves que aqueles causados pelo problema que se pretendia enfrentar). E há princípios democráticos que impedem a criminalização para a imposição de condutas de modo simbólico ou promocional, para garantir a prevalência de uma determinada concepção moral ou para punir condutas frequentemente aceitas ou praticadas por parcela significativa da população, como ocorre com o aborto.

Assim, constata-se que a criminalização do aborto viola também os princípios da idoneidade, da subsidiariedade e da racionalidade além do princípio da proporcionalidade.

4.2.3 O estabelecimento de um precedente judicial

Assim, com o voto do Ministro Barroso, a 1ª Turma da Suprema Corte, por maioria, entendeu que a interrupção voluntária da gestação até o terceiro mês não deve ser equiparada ao tipo penal do aborto previsto no Código Penal Brasileiro, ou seja, não deve ser considerada conduta criminosa. Ademais, pode-se dizer, inclusive, que a prática de aborto até o terceiro mês de gravidez foi interpretada pelos Ministros da 1ª Turma do STF como um direito fundamental da mulher.⁸⁶

Nesse sentido, assim explica o Ministro Barroso no encerramento de seu voto:

Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos

⁸⁵ TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto e constituição: Coleção Para Entender Direito**. 1ª ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. p. 50.

⁸⁶ RICHTER, André. **Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime**. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. (...) No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime.

Ressalte-se que a referida decisão, por tratar de um caso concreto, não tem efeito vinculante como a ADPF 54 analisada anteriormente, ou seja, não obriga a todos, e sim apenas as partes envolvidas no processo em questão.

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal, porém, estabelece um importante precedente judicial sobre a matéria, podendo ser utilizada como base para decisões de juízes que devem julgar casos envolvendo a prática de aborto até o terceiro mês de gestação.⁸⁷

Sobre a decisão do STF em relação ao HC 124.306, Flávia Biroli⁸⁸, professora do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (UNB), explica:

Passamos a ter uma decisão da mais alta corte do país que afirma que a criminalização rompe com os direitos fundamentais das mulheres. A decisão produz uma baliza jurídica favorável às mulheres em um momento em que se acumulam no Congresso ações para retroceder no acesso legal ao aborto, isto é, nos casos em que a lei brasileira já garante a interrupção.

De fato, esta decisão configura um avanço significativo para as mulheres e para a descriminalização do aborto no Brasil, uma vez que estabelece um precedente e defende a descriminalização do aborto até o primeiro trimestre da gestação.

4.3 Análise da ADPF 442 ainda em andamento

Em março de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 442) perante o Supremo Tribunal Federal,

⁸⁷ SEGATTO, Cristiane. **STF decide que o aborto até o terceiro mês não é crime: o que isso significa**. 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isso-significa.html>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

⁸⁸ GUIMARÃES, Paula. **STF entende que criminalização do aborto viola direitos fundamentais das mulheres**. 2016. Disponível em: <http://catarinas.info/stf-entende-que-criminalizacao-do-aborto-viola-direitos-fundamentais-das-mulheres/>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

defendendo inconstitucionalidade parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal de 1940, os quais, ao criminalizarem a prática de aborto em qualquer período da gestação, violam princípios e direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos.⁸⁹

A ADPF 442 tem como objetivo a descriminalização da interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, ou seja, até o terceiro mês de gestação, para que seja assegurado às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação até o referido período sem necessidade de qualquer forma de autorização específica do Estado.

Na ação, foi requerido ainda que os profissionais de saúde também tenham o direito de realizar o procedimento abortivo até o terceiro mês de gestação quando assim desejar a gestante. Além disso, foi requisitada a concessão de liminar para que fossem suspensas, até o julgamento da ADPF 442, medidas policiais e judiciais em andamento, como prisões em flagrante, inquéritos policiais e processos ou decisões judiciais, decorrentes da aplicação dos arts. 124 e 126 do CPB a casos de aborto voluntário realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez.⁹⁰

Ressalta-se que esta ação apresenta como importante argumento a decisão da 1ª Turma do STF em relação ao HC 204.306, que entendeu ser inconstitucional a criminalização do aborto até 12ª semana de gestação, ou seja, até o terceiro mês de gravidez.

Em novembro de 2017, porém, a relatora da ação, a Ministra Rosa Weber, indeferiu o referido pedido de medida cautelar de urgência. Segundo a Ministra, a questão da interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas envolve diferentes valores públicos e direitos fundamentais, sendo este um dos temas jurídicos “mais sensíveis e delicados” da atualidade, pois não envolve somente questões jurídicas, mas também de ordem ética, moral, religiosa e de saúde pública, além da tutela de direitos fundamentais individuais.⁹¹

A relatora decidiu, então, convocar Audiência Pública para discutir a questão relativa à recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos arts. 124 e 126 do Código Penal de 1940 a ser realizada em agosto do presente ano.

⁸⁹ STF. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>. Acesso em: 02 de junho de 2018.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ STF. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569>. Acesso em: 04 de junho de 2018.

Sobre tal convocação, a Ministra Rosa Weber⁹² explica:

A complexidade da controvérsia constitucional, bem como o papel de construtor da razão pública que legitima a atuação da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, justifica a convocação de audiência pública como técnica processual necessária.

É possível constatar-se, assim, a atual tendência à descriminalização do aborto no Brasil. De fato, a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação pode vir a ser determinada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 442. Esta ação, porém, ainda está em andamento e não tem previsão de julgamento.

⁹² STF. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569>. Acesso em: 04 de junho de 2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que o aborto é considerado crime no Brasil, estando previsto nos arts. 124 a 128 do Código Penal Brasileiro. Apesar da criminalização desta conduta, milhares de abortos clandestinos são realizados todos os anos no País, conforme demonstrado pelas pesquisas referenciadas, o que resulta na morte de milhares de mulheres em razão da realização de procedimentos abortivos inseguros e precários. Constatase, assim, que o aborto, no Brasil, deve ser tratado, prioritariamente, como uma questão de saúde pública, assim como já feito no plano internacional.

Demonstrou-se ainda que a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação é defendida por médicos e juristas, postura que adota a pesquisadora, como uma solução para a questão, quando entendido como sendo problema de saúde pública.

É imprescindível que o Estado, além de descriminalizar tal conduta, realize a implementação de políticas públicas que garantam o acesso à educação sexual, a métodos contraceptivos e a programas de planejamento familiar e de assistência às mulheres de todas as classes sociais, a fim de que o número de gestações indesejadas ou inviáveis, e, conseqüentemente, o número de procedimentos abortivos diminua.

Ademais, por meio da análise das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF nº 54 e do HC nº 124.306, demonstrou-se que a criminalização do aborto viola diversos direitos fundamentais da mulher, como autonomia, integridade física e psíquica, dignidade humana, igualdade de gênero e direitos sexuais e reprodutivos.

Restou, por fim, demonstrado também que a criminalização do aborto no primeiro estágio da gestação, isto é, até o terceiro mês viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que até o referido período, como o sistema nervoso central do feto ainda não foi formado, não há que se falar, de fato, em direito à vida do mesmo. Há, assim, uma desproporcionalidade da norma incriminadora do aborto, devendo ser priorizada a proteção dos direitos fundamentais da mulher até o terceiro mês de gestação em detrimento do suposto direito à vida do feto.

Por isso, constata-se, assim, que se faz necessária uma reforma legislativa que assegure a descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação, tratando o aborto como uma questão de saúde pública e respeitando os direitos fundamentais da mulher previstos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABCMED. **Aborto: o que é? Como é feito? Quais são os riscos? Como age a "pílula do dia seguinte"?**. Disponível em: <http://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/359669/aborto-o-que-e-como-e-feito-quais-sao-os-riscos-como-age-a-quot-pilula-do-dia-seguinte-quot.htm>. (2013) Acesso em: 16 de abril de 2018.

ALBERTO, Miryan Vília Lança, et al. **Anencefalia: Causas de uma malformação congênita**. 2009. Disponível em: <http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf>. Acesso em: 27 de maio de 2018.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética no início da vida**. 2010. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/viewFile/13499/12917>. Acesso em: 06 de abril de 2018.

BENITEZ, Ana Paula Martin. **Aborto: uma questão de saúde pública**. 2015. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1490139/aborto-uma-questao-de-saude-publica---tcc-on-line>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. Vol. 2. 12ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 20 de maio de 2018.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de maio de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. Vol. 2. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 130.

CFM. Conselho Federal do Medicina. **Resolução nº** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf. (2012). Acesso em: 22 de abril de 2018.

_____. **A vida não começa na fecundação**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20370:&catid=46. (1999). Acesso em: 09 de abril de 2018.

_____. **CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação**. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3. (2013). Acesso em: 03 de maio de 2018.

CREMESP. **Parecer n° 24292**. Disponível em:

<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%EA3o%20Paulo&numero=24292&situacao=&data=00-00-2000>. (2000). Acesso em: 14 de abril de 2018.

DAGER, Amanda Rodrigues. **A descriminalização do aborto no Brasil**. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil,589539.html>. Acesso em: 12 de maio de 2018.

DINIZ, Debora, et al. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 281.

DIP, Andrea. **Clandestinas**. 2013. Disponível em: <https://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/>. Acesso em 17 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

SECRETARIA DA SAÚDE. **Conceitos e Definições**. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668>. Acesso em: 12 de abril de 2018.

EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen Júris Editora, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 376.

GOMES, Luiz Flavio. **Aborto anencefálico: não é crime (decide o STF)**. 2012. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928488/aborto-anencefalico-nao-e-crime-decide-o-stf>. Acesso em: 17 de maio de 2018.

GOULART Michel. **Uma breve história do aborto**. 2013. Disponível em: <https://historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11ª ed. Niterói, RJ: Editora Impetus. 2017.

GUIMARÃES, Paula. **STF entende que criminalização do aborto viola direitos fundamentais das mulheres**. 2016. Disponível em: <http://catarinas.info/stf-entende-que-criminalizacao-do-aborto-violou-direitos-fundamentais-das-mulheres/>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

KOOGAN & HOUAISS. 1999. Enciclopédia e dicionário ilustrado. Rio de Janeiro: Seifer.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. Vol. II. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 95.

NOLASCO, Lincoln. **Aborto: aspectos polêmicos, anencefalia e descriminalização**.

Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=11874.

Acesso em: 22 de abril de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 230.

ONUBR. **OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>. (2017). Acesso em: 25 de abril de 2018.

PACHECO, Eliana Descovi. **Elucidação sobre o aborto e sua evolução**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 40. 2007. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3949&revista_caderno=3. Acesso em: 28 de abril de 2018.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada**. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, n. 22, ano 4, 2003.

RAMOS, Diego da Silva. **O princípio da proporcionalidade**. 2011. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 02 de junho de 2018.

REBOUÇAS, Melina Séfora. **O aborto provocado como uma possibilidade na existência da mulher: reflexões fenomenológico-existenciais**. 2010. Disponível em:

https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/17463/1/MelinaSSR_DISSERT.pdf.

Acesso em: 25 de abril de 2018.

RICHTER, André. **Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime**. 2016. 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: 29 de maio de 2018.

ROCCELO, Marcelo. **Saiba como o aborto é regulamentado em sete países**. 2016.

Disponível em:

<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35023/saiba+como+o+aborto+%2055%20e+regulamentado+em+sete+paises.shtml>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

ROSA, Emanuel Motta. **O crime de aborto e o tratamento penal**. 2014. Disponível em:

<https://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/139263291/o-crime-de-aborto-e-o-tratamento-penal>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

SANTOS, Beatriz Carneiro. **Aborto, direitos reprodutivos e feminismo na França de Nicolas Sarkozy**. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100007. Acesso em: 20 de abril de 2018.

SEGATTO, Cristiane. **STF decide que o aborto até o terceiro mês não é crime: o que isso significa**. 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isso-significa.html>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

SILVA, Clarissa Paiva Guimarães e. **O aborto à luz do princípio da proporcionalidade**. 2017. Disponível em: <https://seer.ufmg.br/index.php/revise/article/download/6360/4827>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto e constituição: Coleção Para Entender Direito**. 1ª ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. p. 50.

VIANA, Ana Carolina Noronha. **Aborto**. 2012. Disponível em: <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-81131ca1254fdc8d5c850670c8249e54.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.